9-9

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMAN.
SALA DI STUDIO
5 80
4

NAZIONALE
R. BIBLIOTECA
1
30 C
6
CENTRALE V. E. II
ROMA

BNCR
S.S.
340
(02)
S 23

55.5.80/4

340(02) S 23/4

1.30 c 6

System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Vierter Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.

Bei Veit und Comp.

1841.

Inhalt des vierten Bandes.

Zweytes Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Drittes Kapitel. Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

Seite

§. 142. V. Schenkung. Einleitung 1

§. 143. V. Schenkung. Einleitung. (Fortsetzung.) 9

§. 144. V. Schenkung. — Begriff. 1. Rechtsgeschäft unter Lebenden 18

§. 145. V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung 23

§. 146. V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Forts.) 32

§. 147. V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Forts.) 41

§. 148. V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Forts.) 48

§. 149. V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung 52

§. 150. V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung. (Forts.) 60

Seite.

§. 151. V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung. (Fortſ.) 69
§. 152. V. Schenkung. — Begriff. 4. Abſichtl. Bereicherung 77
§. 153. V. Schenkung. — Begriff. 4. Abſichtliche Bereicherung. (Fortſ.) Remuneratoriſche Schenkung 86
§. 154. V. Schenkung. — Begriff. 4. Abſichtliche Bereicherung. (Fortſ.) Negotium mixtum 99
§. 155. V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeſchäfte. 1. Dare 104
§. 156. V. Schenkung. — Einz. Rechtsg. 1. Dare. (Fortſ.) 110
§. 157. V. Schenkung. — Einz. Rechtsg. 2. Obligare . . . 118
§. 158. V. Schenkung. — Einz. Rechtsg. 3. Liberare. . . . 126
§. 159. V. Schenkung. — Einz. Rechtsg. 4. Ganzes Vermög. 134
§. 160. V. Schenkung. — Vertragsnatur 145
§. 161. V. Schenkung. — Vertragsnatur. (Fortſ.) 156
§. 162. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten 165
§. 163. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten. (Fortſetzung) 172
§. 164. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten. (Fortſ.) 180
§. 165. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 2. Erſchwerende Formen 194
§. 166. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 2. Erſchwerende Formen. (Fortſetzung) 209
§. 167. V. Schenkung. — Einſchränkungen. 2. Erſchwerende Formen. (Fortſ.) 217

Seite.

§. 168. V. Schenkung. — Einschränkungen. 3. Widerruf . . 221

§. 169. V. Schenkung. — Einschränk. 3. Widerruf. (Fortf.) 230

§. 170. V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Auf den Todesfall 239

§. 171. V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Auf den Todesfall. (Fortsetzung) 253

§. 172. V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Auf den Todesfall. (Fortf.) 261

§. 173. V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Auf den Todesfall. (Fortf.) 267

§. 174. V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Auf den Todesfall. (Fortf.) 276

§. 175. V. Schenkung. — Besondere Arten. 2. Don. sub modo 280

§. 176. V. Schenkung. — Neuere Gesetzgebungen 288

§. 177. VI. Die Zeit. — Einleitung 297

§. 178. VI. Die Zeit. — Einleitung. (Fortf.) 309

§. 179. VI. Die Zeit. — 1. Der Kalender 318

§. 180. VI. Die Zeit. — 1. Der Kalender. (Fortf.) . . . 325

§. 181. VI. Die Zeit. — 2. Regelmäßige Reduction . . . 335

§. 182. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung 347

§. 183. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortf.) 364

§. 184. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortf.) 376

§. 185. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortf.) 387

§. 186. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortf.) 399

§. 187. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortf.) 405

Seite.

§. 188. VI. Die Zeit. — 3. Civile Zeitrechnung. (Fortſ.) 408
§. 189. VI. Die Zeit. — 4. Utile tempus 421
§. 190. VI. Die Zeit. — 4. Utile tempus. (Fortſ.) 433
§. 191. VI. Die Zeit. — 4. Utile tempus. (Fortſ.) 444
§. 192. VI. Die Zeit. — 5. Schalttag 453
§. 193. VI. Die Zeit. — 5. Schalttag. (Fortſ.) 463
§. 194. VI. Die Zeit. — 5. Schalttag. (Fortſ.) 472
§. 195. VI. Die Zeit. — 6. Unvordenkliche Zeit. Einleitung 480
§. 196. VI. Die Zeit. — 6. Unvordenkl. Zeit. Römiſches Recht 485
§. 197. VI. Die Zeit. — 6 Unvordenkliche Zeit. Römiſches Recht. (Fortſ.) 491
§. 198. VI. Die Zeit. — 6. Unvordenkl. Zeit. Neueres Recht 505
§. 199. VI. Die Zeit. — 6. Unvordenkl. Zeit. Anwendung . 513
§. 200. VI. Die Zeit. — 6. Unvordenkl. Zeit. Anwend. (Fortſ.) 519
§. 201. VI. Die Zeit. — 6 Unvordenkl Zeit. Anwend. (Fortſ.) 527
§. 202. Ungültigkeit der juriſtiſchen Thatſachen 536
§. 203. Ungültigkeit der juriſtiſchen Thatſachen. (Fortſ.) 549

Beylage IX. Schenkung durch bloße Unterlaſſungen 563
Beylage X. Einfluß der Schenkung auf dritte Perſonen . 587
Beylage XI. Ordinalzahlen in der Bezeichn. von Zeiträumen 601

Drittes Kapitel.

Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse.

§. 142.

V. Schenkung. Einleitung.

Quellen:

Paulus V. 11.

Fragm. Vaticana § 248—316.

Cod. Theod. VIII. 12—15.

Inst. II. 7.

Dig. XXXIX. 5, XXIV. 1.

Cod. Just. VIII. 54—56, V. 16.

Schriftsteller:

Donellus Lib. 5 C. 2 § 10 (Begriff und Insinuation). Lib. 14 C. 26—32 (Widerruf). Lib. 13 C. 22 § 7. 8 (Versprechen der Schenkung).

Mühlenbruch § 440—445.

F. W. L. von Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen B. 1 Marburg 1835. B. 2 Abth. 1. 1837.

Die Schenkung erscheint auf den ersten Blick als ein ganz einzelnes Rechtsgeschäft, eben so wie der Kauf oder Tausch; daher muß es Anstoß erregen, wenn sie hier in die gemeinsame Betrachtung der Rechtsgeschäfte überhaupt aufgenommen wird. Betrachten wir zuvörderst die Stellung, die man ihr anderwärts angewiesen hat.

Justinians Institutionen setzen sie unter die Erwerbungsarten des Eigenthums (a); offenbar einseitig und willkührlich. Denn erstlich giebt nicht sie allein Eigenthum, sondern sie in Verbindung mit der Tradition, welcher sie allerdings als justa causa dienen kann, aber nicht mehr und nicht weniger als der Kauf; soll also sie deshalb als ein Stück der Lehre vom Eigenthum betrachtet werden, warum nicht eben so der Kauf, und viele andere Verträge? Zweytens ist auch nicht Eigenthum das einzige Mittel, eine Schenkung zu bewirken; Ususfructus, Emphyteuse, ein bloßes Versprechen durch Vertrag, der Erlaß einer Schuld — alle diese Handlungen können eben so gut als das Eigenthum zu einer Schenkung dienen, und es ist also bey jedem dieser Rechtsinstitute eben so viel Grund vorhanden, als bey dem Eigenthum, die Schenkung als einen Bestandtheil desselben zu behandeln. — Die meisten Neueren stellen die Schenkung unter die obligatorischen Verträge (b); offenbar eben so einseitig, da das

(a) Inst. II. 7. Dieselbe Stellung giebt ihr Hofacker § 987. B. 3 § 207. Mühlenbruch § 440. Mackeldey § 421.

(b) Thibaut § 559. Heise

Eigenthum, der Ususfructus u. s. w., eben so gut als ein solcher Vertrag, eine Schenkung enthalten können. — Donellus trägt diese Lehre stückweise vor, an mehreren Stellen seines Systems; am ausführlichsten bey dem Widerruf wegen Undankbarkeit, also gerade bey der unbedeutendsten Beziehung, die sich dafür auffinden läßt.

Woher kommen nun diese verschiedenen Stellungen, die nur darin überein treffen, daß sie alle gleich unbegründet und unbefriedigend sind? Sie kommen daher, daß man überall von der falschen Voraussetzung ausgeht, die Schenkung sey ein einzelnes Rechtsgeschäft, anstatt daß sie in der That ein allgemeiner Character ist, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können. Das ist der Grund, warum ich sie hierher gestellt habe, in den allgemeinen Theil, an die Seite des Vertrags, welchem sie durch die Allgemeinheit ihrer Natur, und durch die Mannichfaltigkeit ihrer Anwendungen, gleichartig ist (c).

(c) Der Unterschied ist nur der, daß der Vertrag in allen Arten der Rechtsverhältnisse vorkommen kann, die Schenkung lediglich bey den Verhältnissen des Vermögensrechts. Wollte man also recht subtil verfahren, so müßte man sie nicht in den allgemeinen Theil des gesammten Privatrechts setzen, sondern in einen für das Vermögensrecht allein zu bildenden allgemeinen Theil; die hier gewählte Stellung scheint mir einfacher, und ein Misverständniß kann daraus nicht hervorgehen. — Ich freue mich, für diese Stellung auch schon einen Vorgänger angeben zu können: Pucha System des gemeinen Civilrechts München 1832 § 35, und: Lehrbuch der Pandekten Leipzig 1838 § 53. Indessen zweifle ich nicht, daß Viele, selbst wenn sie die oben aufgestellten Gründe anerkennen, dennoch an der von mir gewählten Anordnung Anstoß nehmen werden, hauptsächlich weil dadurch die äußere Symmetrie gestört wird. Wäre an dieser Stelle eine kurze Übersicht der Lehre von der

Schenkung nämlich ist jedes Rechtsgeschäft, wenn es folgende Eigenschaften in sich vereinigt. Es muß seyn ein Geschäft unter Lebenden; es muß Einen bereichern, dadurch daß ein Anderer Etwas verliert; endlich muß der Wille dieses Andern auf jene Bereicherung durch eignen Verlust gerichtet seyn. Schon aus dieser vorläufigen Aufstellung des Begriffs erhellt, daß zu jeder Schenkung nothwendig Zwey Personen gehören. Die neueren Juristen gebrauchen dafür den ächten Ausdruck Donator, und den unächten Donatarius, für welchen letzten die Römer stets Umschreibungen anwenden (is cui donatum est u. s. w.). Ich werde jene Personen als den Geber und den Empfänger (oder auch den Beschenkten) bezeichnen.

Damit ist nun zunächst nur ein willkührlicher Begriff aufgestellt, aber nicht das Bedürfniß nachgewiesen, diesen Begriff zur Grundlage eines Rechtsinstituts zu machen. Wir könnten, so scheint es, jede andere mögliche Eigenschaft der Rechtsgeschäfte hervorheben, einen Kunstausdruck dafür erfinden, und ein besonderes Rechtsinstitut

Schenkung gegeben worden, so würden sie vielleicht Nichts dagegen einzuwenden haben, während ihnen eine so ausführliche Darstellung, wie man sie nur im speciellen Theil des Systems erwartet hätte, anstößig erscheinen wird. Diese aber bitte ich zu erwägen, daß eine solche kurze Übersicht nur in der ausführlichen Darstellung ihre Rechtfertigung finden kann, und wenn auf diese Rechtfertigung nicht allzu lange gewartet werden sollte, so hätte dieselbe in einer Beylage zu diesem Bande geliefert werden müssen. Wer aber einmal diese Einrichtung als unerläßlich zugiebt, wird sich auch wohl gefallen lassen, daß die Beylage auf einfachere Weise in das System selbst aufgenommen werde, mag auch dadurch die Symmetrie einige Verletzung erleiden.

darauf gründen; so z. B. könnten wir die der Schenkung gerade entgegengesetzten Geschäfte (die man die oneröſen nennt) auf gleiche Weiſe behandeln. Warum geſchieht dieſes nicht, während die Schenkung für ein beſonderes Rechtsinſtitut gelten ſoll? Der Grund liegt darin, daß an die Schenkung (ſo wie ihr Begriff vorläufig feſtgeſtellt iſt) gewiſſe ganz poſitive Regeln des Römiſchen Rechts angeknüpft ſind, um derenwillen es wichtig iſt, den Begriff derſelben mit der größten Schärfe zu beſtimmen und zu begränzen. Dieſe Rechtsregeln ſind folgende:

1) Die Schenkung iſt von alter Zeit her auf mancherley Weiſe eingeſchränkt, und beſonders durch poſitive Formen der Willenserklärung erſchwert worden. So ſehr nun dieſe Einſchränkungen und Formen gewechſelt haben, ſo war doch die allgemeine Natur und der Zweck derſelben ſtets unverändert, und es war ſtets dieſelbe Schenkung, worauf in dieſer Weiſe eingewirkt werden ſollte (d).

2) Die Schenkung iſt unter Ehegatten unmöglich, an-

(d) Bey der Beurtheilung der Rechtsgeſchäfte iſt die vollkommene Freyheit des individuellen Willens als Regel anzuſehen. Davon hat das Römiſche Recht nur in wenigen Fällen Ausnahmen gemacht, wo eine beſondere Gefahr des Misbrauchs jener Freyheit vorhanden ſchien. Es gehören dahin die Wuchergeſetze, wegen der gefürchteten Bedrükkung der armen Schuldner; das Sc. Vellejanum, wegen der natürlichen Abhängigkeit des weiblichen Geſchlechts; das Sc. Macedonianum, damit nicht die Verſchwendungsſucht der Kinder durch Wucherer Nahrung erhielte; endlich die Einſchränkung der Schenkungen im Allgemeinen, und das gänzliche Verbot derſelben unter Ehegatten, weil gerade bey der Schenkung der gutmüthige, argloſe Leichtſinn durch den beſonnenen Eigennutz in beſondern Nachtheil kommen kann, mehr als bey Geſchäften anderer Art.

statt daß alle andere Rechtsgeschäfte unter denselben zugelassen werden.

3) Die Schenkung kann in gewissen Fällen, aus besonderen Gründen, widerrufen werden, anstatt daß andere Rechtsgeschäfte in denselben Fällen unwiderruflich bleiben.

Nunmehr läßt sich von der praktischen Seite der Begriff so bestimmen: Schenkung heißt jedes Rechtsgeschäft, bey welchem die angegebenen drey Rechtsregeln zur Anwendung kommen. Denn gerade um dieser, und nur um dieser, Rechtsregeln willen ist es nöthig, Dasjenige, was wir oben als Schenkung angaben, als ein eigenthümliches Institut aufzufassen, und in seinen Gränzen scharf zu bestimmen (e). — Unter diesen drey praktischen Beziehungen

(e) Gewöhnlich nimmt man noch andere praktische Beziehungen der Schenkung an, aber mit Unrecht. Die Schenkung nämlich liegt außer den Gränzen gewöhnlicher Vermögensverwaltung, eben so aber auch manches Andere, so daß hier ihre Eigenthümlichkeit nicht ausschließend in Betracht kommt. So soll der filiusfamilias, selbst wenn ihm ein Peculium mit freyer Verwaltung gegeben ist, dennoch nicht schenken dürfen (*L.* 7 *pr. de don.* 39. 5.). Allein er kann auch nicht manumittiren (*L.* 13 *de j. patron.* 37. 14.), auch nicht durch Delicte den Vater verpflichten (*L.* 3 § 12 *de pecul.* 15. 1.), welche Handlungen doch keine Schenkungen sind. Umgekehrt ist hier das Verbot der Schenkung nicht absolut, sondern der Vater kann auch diese gestatten (*L.* 7 § 2. 3 *de don.* 39. 5.); es heißt also nur so viel, daß in der unbestimmt gegebenen freyen Verwaltung die Erlaubniß zu schenken noch nicht mit enthalten ist, und es ist daher nur eine Interpretationsregel. — Eben so soll dem minderjährigen Grundeigenthümer niemals die Schenkung des Grundstücks durch Decret erlaubt werden, selbst wenn er für volljährig erklärt ist. *L.* 3 *C. si major.* (5. 74.). — Ferner hatte die L. Cincia den Advocaten verboten, irgend ein Geschenk für ihre Dienstleistung anzunehmen. Dieses fällt im neueren Recht weg, erscheint auch nicht mehr als reine Schenkung. — Das angebliche Verbot einer Schenkung des Vaters an seine

der Schenkung ist es vorzugsweise die zweyte, welche den alten Juristen zur genauen Ausbildung des Begriffs der Schenkung Veranlassung gegeben hat. Denn was die Einschränkungen und Formen (also die erste Beziehung) betrifft, so war das alte Recht der Lex Cincia auf so positive Weise bestimmt, daß daneben die sorgfältige wissenschaftliche Entwicklung des Schenkungsbegriffs als ein geringeres Bedürfniß erschien (f); der Widerruf endlich ist niemals von großer Erheblichkeit gewesen, besonders aber

Kinder in potestate erstreckt sich in der That auf alle Veräußerungen überhaupt. *L.* 2 *pr. de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 14 § 3 *de in diem addict.* (18. 2.). — Die L. Julia repetund. hatte die Geschenke an Magistrate verboten. (*L.* 8 *ad L. Jul. repet.* 18. 11.). Dieses fällt im heutigen Recht weg, und war auch schon bey den Römern auf mancherley Weise modificirt und weiter ausgedehnt worden. *L. un.* §. 1. 2 *C. de contract. judicum* (1. 53.). — Besonders ausgedehnt finden sich jene praktische Beziehungen bey Meyerfeld Abschnitt V. und VI.

(f) Nach der Lex Cincia und ihren Entwicklungen wurde die Mancipation oder Tradition, und in jedem Fall auch noch die Übertragung des Interdictenbesitzes erfordert; dadurch waren schon von selbst die meisten Fälle abgeschnitten, in welchen das Daseyn wahrer Schenkung bezweifelt, und daher eine subtile Bestimmung des Begriffs nöthig gefunden werden kann. Anders verhält es sich mit dem neueren Recht, welches (bey großen Schenkungen) die Insinuation, und nur diese, fordert. Dabey können dieselben Zweifel und Bedürfnisse, wie bey der Schenkung unter Ehegatten, vorkommen; man fand aber für diesen Zweck neue Bestimmungen über den Begriff der Schenkung nicht nöthig, weil dafür durch die subtilen Untersuchungen der alten Juristen über die Schenkung unter Ehegatten bereits gesorgt war. Überdem mögen Jene auch bey Gelegenheit der Lex Cincia zuweilen ähnliche Untersuchungen, wie bey der Schenkung unter Ehegatten, angestellt haben; solche Stellen aber konnten fast niemals in die Digesten aufgenommen werden, weil sie mit dem im Ganzen antiquirten Rechtsinstitut unzertrennlich verbunden waren; dennoch finden sich noch manche derselben, wie z. B. *L.* 11 *L* 23 *pr. de don.* (39. 5.).

erſt nach dem Zeitalter der alten Juriſten durch Kaiſerconſtitutionen ausgebildet worden. Daraus iſt der täuſchende Schein entſtanden, als ob der von den alten Juriſten ſo ſorgfältig durch ſcharfe Gränzen beſtimmte Begriff der Schenkung blos bey dem Verbot unter Ehegatten Anwendung finde, da er doch in der That allgemein iſt, und eben ſo bey der Anwendung der Inſinuation und des Widerrufs zum Grund gelegt werden muß (g).

Indem nun aber hier die negative Seite der Schenkung (ihre Einſchränkungen) an die Spitze geſtellt wird, ſoll damit der poſitiven Seite derſelben weder das Daſeyn, noch die Wichtigkeit abgeſprochen werden. Dieſe poſitive Seite beſteht darin, daß die Schenkung, als justa causa der Tradition, unmittelbar Eigenthum geben, oder als Titel eine Uſucapion begründen kann; ferner daß ſie als causa jede obligatoriſche Bereicherung zu einem gültigen, unanfechtbaren Rechtsgeſchäft machen kann, anſtatt daß, in Ermanglung einer wahren causa, eine Verände-

(g) Die Lehre von der Schenkung unter Ehegatten dreht ſich großentheils um den Punkt, daß das Verbot nur gelte, wenn zugleich der Eine pauperior, der Andere locupletior werde. Das nehmen denn die Neueren ſo, als ob es außer dem Begriff der Schenkung ſelbſt läge, und blos zu den beſonderen Bedingungen jenes Verbots gehörte. Westenberg XXIV. 1 § 10. Mühlenbruch § 545. So iſt es aber nicht, vielmehr gehören jene Merkmale zur vollſtändigen Beſtimmung des Begriffs wahrer, eigentlicher Schenkung überhaupt, und ſind alſo ohne Zweifel auch bey der Inſinuation und dem Widerruf zu beachten. Jene Anſicht hat eine ſcheinbare Beſtätigung in dem Ausdruck mancher Stellen des R. R.; dieſer erklärt ſich aber aus dem bey den Römern ſelbſt vorkommenden zwiefachen Sprachgebrauch, wovon im § 143 die Rede ſeyn wird.

rung dieser Art, selbst wenn dabey eine gehörige Form beobachtet ist, durch Condictionen hinterher entkräftet werden kann. Dieses Alles ist wahr und wichtig; es hätte aber niemals eine ausführliche Theorie der Schenkung, und insbesondere eine subtile Begränzung ihres Begriffs, zur genauen Unterscheidung dessen, was Schenkung ist, von dem, was es nicht ist, nöthig gemacht. Dieses Bedürfniß ist lediglich durch die negative Seite der Schenkung herbeygeführt worden, das heißt durch ihre, auf besondere Rechtsregeln gegründete, Einschränkungen.

§. 143.

V. Schenkung. Einleitung. (Fortsetzung)

Bevor aber die Elemente jenes Rechtsbegriffs einzeln erwogen werden, ist es nöthig, den Sprachgebrauch genauer festzustellen. Die Grundlage des Begriffs ist von Seiten des Gebers das der einzelnen Handlung zum Grund liegende uneigennützige Wohlwollen (a), zu dessen allgemeiner Bezeichnung die Ausdrücke beneficium, liberalitas, zuweilen auch officium, gebraucht werden (b). Das Gemeinsame dieser Handlungen besteht darin, daß der Han-

(a) Ich sage: der einzelnen Handlung. Denn mag auch die eigennützige Absicht im Hintergrund liegen, des Andern Wohlwollen durch unsre gegenwärtige Freygebigkeit zu erwerben, und daraus in der Folge größeren Vortheil zu ziehen, so wird doch dadurch die Natur der einzelnen, für sich betrachteten, Handlung nicht verändert.

(b) Viele Stellen sind gesammelt bey Meyerfeld § 1 und § 7. — Officium hat diese Be-

delnde lediglich des Andern utilitas oder commodum bezweckt, gar nicht sein Eigenes (c). Jede Schenkung ist also eine solche Liberalität, aber nicht umgekehrt. Vielmehr wird dieser allgemeinere Ausdruck auch gebraucht bey jeder Gefälligkeit oder Dienstleistung, z. B. bey der unentgeldlichen Aufbewahrung einer Sache; eben so auch bey der Emancipation eines Kindes. In allen solchen Fällen aber ist nicht von Schenkung die Rede, weil der Handelnde Nichts aus seinem Vermögen weggiebt, gewöhnlich auch der Andere Nichts erwirbt. Dennoch ist jener umfassendere Begriff nicht ohne juristischen Einfluß, denn in der Lehre von der Culpa knüpft sich daran bey den Obligationen, welche bonae fidei sind, die wichtige Folge, daß der Schuldner, der sich in diesem uneigennützigen Verhältniß befindet, nicht für jede gewöhnliche Culpa haftet, sondern nur für den Dolus und was diesem gleich geachtet wird (Note c); aus diesem Grund ist namentlich der Depositar nicht für die gewöhnliche Culpa verantwortlich. Nur mit dem positiven Recht der Schenkung darf jener umfassende Begriff nicht ohne nähere Bestimmungen in Verbindung gebracht werden.!

Von der Seite des Empfängers liegt der Schenkung zum Grunde die Bereicherung desselben. Jeder Erwerb

deutung in *L.* 1 § 4 *mand.* (17. 1.), *L.* 17 § 3 *comm.* (13. 6.). Außerdem heißt es in den Rechtsquellen so viel als Geschäft, oder auch Pflicht.

in *L.* 5 § 2 *commod.* (13. 6.), *L.* 108 § 12 *de leg.* 1 (30. un.), und zwar in unmittelbarer Anwendung auf den von dem Schuldner zu leistenden Grad der Culpa.

(c) Diese Ausdrücke finden sich

eines Rechts, sey es Eigenthum oder Schuldforderung, welcher unentgeldlich, also ohne eigene Aufopferung, geschieht, so daß der Schuldner schon durch die Natur dieses Erwerbs (d) reicher wird, heißt lucrativa causa (e). Die Neueren pflegen, im Gegensatz derselben, die Erwerbungen, welche nicht unentgeldlich geschehen, als onerosa causa zu bezeichnen, aber nicht richtig, da onerosum bey den Römischen Schriftstellern nur das Lästige, Unbequeme bezeichnet, welcher Begriff von jenem sehr verschieden ist (f). — Daher ist denn in jeder Schenkung zugleich eine lucrativa causa enthalten, aber nicht umgekehrt, indem es dabey sehr oft an einer Person welche schenkt, also auch an der Absicht zu schenken, gänzlich fehlt. In unsren Rechtsquellen wird als lucrativa causa, außer der Schen-

(d) Nämlich auch durch einen wohlfeilen Kauf wird allerdings der Käufer reicher, da es aber nicht in der allgemeinen Natur des Geschäfts, sondern in den zufälligen Umständen des einzelnen Falles liegt, so wird deshalb niemals der vortheilhafte Kauf eine lucrativa causa genannt.

(e) So bey erworbenem Eigenthum: *L.* 13 § 5 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 4 § 29. 31 *de doli exc.* (44. 4.), *L.* 7 § 3 *de public.* (6. 2.) — Bey Obligationen: *L.* 17. 19 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 108 § 4 *de leg.* 1 (30. un.). — Es heißt auch lucrativa adquisitio, ja selbst lucrativa res. *L.* 4 § 31 *de doli exc.* (44. 4.), Paulus V. 11 § 5. — Eine nicht hierher gehörende Nebenbedeutung von lucrativa causa, oder lucrifaciendi causa possidere u. s. w. ist die der unredlichen Gewinnsucht. So bey dem Diebstahl. *L.* 1 § 3 *L.* 54 § 1 *de furtis* (47. 2.). Eben so bey der alten pro herede usucapio. Gajus II. § 56. 57. *L.* 2 § 1 *pro her.* (41. 5.), *L.* 5. *L.* 33 § 1 *de usurp.* (41. 3.).

(f) Brissonius v. Onerosus. Wer eine Sache, die ihm unbrauchbar ist, theuer verkauft, wird darüber sehr vergnügt seyn, und kein Römer würde sein Geschäft ein onerosum negotium nennen; nach dem Sprachgebrauch der Neueren ist es allerdings ein solches, weil er doch das Eigenthum der Sache weggiebt.

kung, auch das Legat, das Fideicommiß, desgleichen die testamentarische und gesetzliche Erbfolge, bezeichnet (g), obgleich das Legat nur uneigentlich, die Erbschaft niemals donatio genannt wird. Eben so würde kein Römischer Jurist Bedenken getragen haben, den Erwerb durch Jagd, durch Beute, durch das Finden eines Schatzes oder einer herrenlosen Sache, als lucrativa causa zu bezeichnen, und doch ist dabey an donatio gewiß nicht zu denken. — Wenn in den Fällen, worin die lucrativa causa in der That auf einer donatio beruht, der Gegensatz derselben bezeichnet werden soll, so werden dazu die Ausdrücke negotium, contrahere, obligare gebraucht (h).

Hier sind also Zwey andere mögliche Eigenschaften von Rechtsgeschäften angegeben worden, Liberalität auf der einen Seite, unentgeldlicher Erwerb auf der andern; jede

(g) *L. un. C. de impon. lucrat. descr.* (10. 35.), *L.* 108 § 6 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 83 § 6 *de V. O.* (45. 1.). (In dieser letzten Stelle dürfen die Worte: sed [et] si heres exstitero nicht als Gegensatz der lucrativa causa verstanden werden, sondern als Übergang zu einem einzelnen Fall der Anwendung, in welchem Sinn sed oft vorkommt.) — Bey Erbschaften bezieht sich dieses auf ihre gewöhnliche, regelmäßige Natur, nach welcher sie den Erben in der That zu bereichern pflegen. Wenn im einzelnen Fall das erbschaftliche Vermögen durch Schulden absorbirt ist, oder der Erbe einen früher Berufenen zum Ausschlagen der Erbschaft durch eine Geldsumme bewogen hat, so heißt der Erwerb nicht lucrativ. *L.* 2 § 1 *si quis omissa* (29. 4.). „... Mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, *maxime si lucrativam habet possessionem.*" Also kann des Erben Besitz doch auch einen nicht lucrativen Character haben.

(h) *L.* 18 *de don.* (39. 5.), *L.* 3 § 1 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 9 *pr. de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 24 § 4 *sol. matr.* (24. 3.). — Meyerfeld § 3.

derselben ist der Schenkung verwandt, aber jede für sich viel allgemeiner als die Schenkung. Treffen nun beide Eigenschaften in einem und demselben Geschäft zusammen, so bildet ihre Vereinigung ungefähr das, was wir oben Schenkung nannten, und als Bedingung der Anwendung von drey ganz positiven, die Schenkung betreffenden, Rechtsregeln angaben. Ich sage: ungefähr; denn allerdings muß noch Manches als nähere Bestimmung hinzukommen, wenn jene Regeln anwendbar seyn sollen, und dieses soll eben durch die folgende Entwicklung des Begriffs der Schenkung vollständig dargestellt werden. Wie verhält sich aber dazu der Römische Ausdruck donatio? Dieser war nicht erst für juristische Zwecke erfunden, sondern aus dem täglichen Leben herüber genommen, und die Unbestimmtheit, in welcher er hier gebraucht wurde, gieng auch in den Sprachgebrauch der Juristen über. So wird in den meisten Stellen das Wort donatio ohne strenge Rücksicht auf die Anwendbarkeit jener Rechtsregeln gebraucht, und dann nur hinzugefügt, wie diejenige donatio beschaffen seyn müsse, worin jene Regeln gelten sollen (i). Diese engere juristisch allein wichtige, donatio wird dann, bey wirklicher Anwendung jener Regeln, in Ermanglung eines speciellern Kunstausdrucks, als donatio jure civili *impedita*,

(i) So Ulpian in *L.* 5 §8—18 *de don. int. vir.* (24. 1.), Pomponius in *L.* 18 *L.* 31 § 1 *eod*, *L.* 3 *pro don.* (41. 6.), Terentius Clemens in *L.* 25 *de don. int. vir.* (24. 1.), und Modestin in *L.* 23 *pr. de don.* (39. 5.); eben so noch viele Andere, deren Stellen gelegentlich angegeben werden sollen.

oder als *non concessa* donatio bezeichnet (k). Andere Stellen dagegen beschränken selbst den Ausdruck donatio auf die Fälle, worin jene positive Regeln anwendbar sind, so daß sie in allen anderen Fällen das Daseyn der donatio überhaupt verneinen (l). Nach diesen unzweifelhaften That-

(k) *L.* 5 § 18 *de don. int. vir.* (24. 1.) von Ulpian, und *L.* 6 *eod.* von Gajus.

(l) Ulpian in *L.* 21 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.) (non locupletior, *nulla donatio,* non interdictum, sind hier gleichbedeutend). — Pomponius in *L.* 31 § 6. 7 *eod.* „Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis* praesens solvere potest," d. h. er hat nicht zu befürchten, daß es als donatio angesehen werden möchte. Und nachher: Quod legaturus mihi .. es, potes rogatus a me uxori meae relinquere, *et non videtur ea esse donatio;*" die Absicht zu schenken war hier doch vorhanden, auch wird in *L.* 5 § 13. 14 *eod.* ganz derselbe Fall von Ulpian wirklich donatio genannt, und nur für unverboten erklärt. (Daß Pomponius und Ulpian bald diesen strengeren Sprachgebrauch haben, bald den freyeren, Note i, ist kein Einwurf, da sie jenen und diesen in verschiedenen Fällen der Anwendung beobachten, also freylich ohne ganz strenge Consequenz). — Eben so, wie hier Pomponius, sagt Gajus in *L.* 11 *de don.* (39. 5.). „Cum de modo donationis quaeritur, *neque* partus nomine, *neque* fructuum, *neque* pensionum, *neque* mercedum *ulla donatio facta esse videtur.*" Die Bereicherung erstreckt sich auch auf die Früchte, und selbst die bestimmte Absicht des Gebers kann auf diese mit gerichtet seyn; dennoch sind die Früchte nicht unter dem Verbot großer Schenkungen (modus donationis, nach L. Cincia) mit begriffen. Diesen unbestrittenen Satz drückt also Gajus so aus: neque ulla donatio facta esse videtur, anstatt daß in dem völlig gleichen Fall Ulpian (*L.* 17 *de don. int. vir.*) sagt: „fructus quoque, ut usuras, *licitam habere donationem.*" Gajus also sagt, es sey keine Schenkung, Ulpian: es sey eine Schenkung, aber eine unverbotene. — Eben so Papinian in *L.* 18 *quae in fraud.* (42. 8.). „Si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit: verior sententia est *nullam fieri donationem* existimantium." Liberalität des Gebers und Vortheil des Empfängers wird hier meist vorhanden seyn, es fehlt nur im juristischen Sinn an einem pauperior und einem locupletior, gerade wie in den Fällen, worin dennoch Ulpian (Note i)

sachen sind wir genöthigt, bey den Römern selbst einen zwiefachen Sprachgebrauch anzunehmen, indem sie das Wort donatio bald (und am häufigsten) in einem weiteren, bald in einem engeren Sinn genommen haben. Jener weitere Sinn knüpfte sich zunächst an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens, welcher jede Liberalität als donatio zu bezeichnen pflegte, ohne sich in juristische Gränzbestimmungen einzulassen; er fand aber auch zuweilen eine juristische Anwendung, da wo es darauf ankam die positive Seite der Schenkung hervorzuheben (§ 142). Der engere Sinn dagegen bezog sich auf die der Schenkung eigenthümlichen einschränkenden Rechtsregeln, das heißt auf die negative Seite derselben, welche allein eine subtile Bestimmung ihres Begriffs und ihrer Gränzen nöthig macht.

Nachdem wir so den Wortsinn hinreichend bestimmt haben (welches für das Verständniß der Quellen nöthig war), können wir diesen fortan auf sich beruhen lassen. Nichts hindert uns, dem Deutschen Ausdruck Schenkung denjenigen Umfang anzuweisen, der unsrem wissenschaftlichen Zweck der angemessenste ist, das heißt ihn in jenem engeren, eigentlichen Sinn zu gebrauchen, da er die ausschließende Anwendbarkeit der positiven Rechtsregeln für die Schenkung bezeichnet. Wichtig und unerläßlich ist nur die Anerkennung dieses engeren Begriffs selbst, welcher jenen

den Ausdruck donatio gebraucht. — Eben so Celsus (bey Ulpian) *L.* 5 § 15 *de don. int. vir.* 24. 1.).

— Die Verschiedenheit des Sprachgebrauchs in allen diesen Stellen ist unverkennbar.

Rechtsregeln gemeinschaftlich, bey der Insinuation und dem Widerruf, eben so wie bey der Schenkung unter Ehegatten, anwendbar ist (§ 142. g); in dem Sprachgebrauch können wir uns Verschiedenheiten noch eher gefallen lassen.

Was hier über die allgemeine Natur der Schenkung und über ihre Bezeichnung gesagt worden ist, läßt sich nicht besser zur Anschauung und Überzeugung bringen, als durch die Vergleichung mit der sehr ähnlichen Lehre vom Besitz. Auch der Besitz hat eine natürliche Beziehung, als dasjenige factische Verhältniß, welches dem Eigenthum, als einem Rechtsverhältniß, entspricht, also den Inhalt des Eigenthums bildet. Diese natürliche Beziehung aber würde niemals auf das Bedürfniß geführt haben, eine Theorie des Besitzes auszubilden. Ein solches Bedürfniß entstand, als man an das Daseyn des Besitzes positive Wirkungen knüpfte, die ganz außer jener natürlichen Beziehung lagen: die Usucapion und die Interdicte. Nun wurde es nöthig, den Begriff, Erwerb, Verlust des Besitzes genau zu bestimmen, um zu wissen, wer auf die Interdicte und die Usucapion Anspruch haben könne. Was für den Besitz die Interdicte und die Usucapion, das ist für die Schenkung die Insinuation, das Verbot in der Ehe, und der Widerruf. Bey dem Besitz gab es daneben mehrere nur scheinbare Rechtswirkungen, die in der That außer den Gränzen dieses eigenthümlichen Rechtsinstituts liegen (m); eben so in der Schenkung die Unzuläs-

(m) Die unächten beatitudines possessionis. Vgl. Savigny Recht des Besitzes § 3.

sigkeit bey dem Peculium und bey den Grundstücken des Minderjährigen (§ 142. e). Der Besitz in seiner natürlichen Beziehung und Ausdehnung heißt Possessio; als Grundlage jener positiven Rechtsinstitute heißt er auch Possessio, und nun in einem engeren Sinn, so daß im Gegensatz andere Fälle geradezu als non possidere bezeichnet werden. Will man diesen engeren Sinn scharf bezeichnen, so heißt es auch wohl possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi, oder ad usucapionem possidere (n). Bey dem Besitz also ist der zwiefache Sprachgebrauch, den ich für die Schenkung behaupte, völlig unzweifelhaft, und der Unterschied liegt nur darin, daß derselbe dort von den alten Juristen mehr ausgebildet, und durch genauere Bezeichnungen (naturalis, civilis) schärfer bestimmt worden ist. Bey dem Besitz aber, wie bey der Schenkung, ist das Wichtigste, nicht den richtigen Sprachgebrauch festzuhalten, sondern bey allen Untersuchungen über den Begriff und die wahren Gränzen des Rechtsinstituts, nie die praktische Beziehung auf die damit verknüpften positiven Rechtsregeln aus den Augen zu verlieren, weil außerdem jene Untersuchungen entweder leer oder unwahr ausfallen.

Erst jetzt läßt sich deutliche Rechenschaft ablegen von der Stellung, welche dieser Lehre der neueste Schriftsteller über die Schenkung zu geben versucht hat (o). Er

(n) Savigny a. a. O. § 7.

(o) Meyerfeld I. S. 26 fg. S. 89—92. S. 425. 426.

classificirt die Veränderungen im Vermögensrecht folgendergestalt. Sie geschehen entweder donandi animo, oder ob causam, welche letzte entweder eine vergangene ist (solutio), oder eine gegenwärtige (permutatio), oder eine zukünftige (creditum). Als allgemeine Betrachtung mag Dieses seinen Werth haben, so wie man es zur Grundlage einer systematischen Darstellung machen will, wird es unfruchtbar und irre führend. Diese nicht abzuläugnende allgemeine Beziehung der Schenkung, die ich oben als ihre positive Seite bezeichnet habe (§ 142), hätte eine specielle Theorie für dieselbe eben so wenig nöthig gemacht, als für den Besitz dessen allgemeine, natürliche Beziehung zum Eigenthum; beide Theorien sind nur nöthig geworden durch die positiven Rechtsregeln, die nun das praktische Wesen des Besitzes und der Schenkung ausmachen; bey Meyerfeld nehmen diese positive Regeln den falschen Schein zufälliger, untergeordneter Beziehungen an, die ganz hinweggedacht werden könnten, ohne daß dadurch die Lehre von der Schenkung wesentlich verändert würde.

§. 144.

V. Schenkung. — Begriff. 1. Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Als erstes nothwendiges Erforderniß der Schenkung wurde angegeben, daß sie ein Rechtsgeschäft unter Lebenden seyn müsse. Hierin liegt zweyerley. Es wird zuerst erfordert ein Rechtsgeschäft, also eine positive Handlung,

so daß ein bloßes Unterlassen, wenn nicht ein verstecktes Handeln darin enthalten ist, nicht als eigentliche Schenkung gelten kann (Beylage IX.). — Zweytens wird erfordert ein Geschäft unter Lebenden. Dadurch wird also von dem Begriff derselben jede Succession für den Todesfall ausgeschlossen. Der allgemeine, durchgreifende Grund dieser letzten Bestimmung hängt zusammen mit dem Gesichtspunkt, woraus alle positive Rechtsregeln für die Schenkung zu betrachten sind (§ 142. d). Die in derselben enthaltene, und als gefährlich betrachtete, Willkühr liegt nicht blos in der (vielleicht unüberlegten) Auswahl der beschenkten Person, sondern in dem Entschluß zur Schenkung selbst, also darin daß der Geber sich selbst willkührlich einen Theil des Vermögens entzieht, welches dazu bestimmt war, von ihm beherrscht und für seine Zwecke verwendet zu werden. Gerade dieser gefährlichste Bestandtheil der Schenkung verschwindet bey der Succession von Todeswegen völlig. Im Fall des Todes giebt Keiner willkührlich Dasjenige auf, was er auch eben so willkührlich behalten könnte; hier ist blos die Rede von den Personen, die nach ihm das Vermögen haben sollen, und daß er diese auf die freyeste Weise auswähle, wird als das Regelmäßige, Natürliche, Gefahrlose betrachtet. Alle Formen und Einschränkungen, die bey dem letzten Willen vorkommen, haben daher ganz andere Gründe und Zwecke, als die für die Schenkung vorgeschriebenen; darum war von der Lex Cincia, von der Insinuation, von einem Ver-

bot unter Ehegatten, als solchen (abgesehen von der möglichen Kinderlosigkeit), bey dem letzten Willen nie die Rede. Eben so verschwindet hier der bey der Schenkung aus besonderen Gründen, ausnahmsweise, gestattete Widerruf völlig, da bey dem letzten Willen der Widerruf als allgemeine Regel, und selbst ohne alle Gründe, zugelassen ist.

Es ist nunmehr die Anwendung dieses Princips auf die einzelnen Arten von Successionen zu machen. Bey der Intestaterbfolge ist am wenigsten an Schenkung zu denken; denn obgleich auch diese insofern auf dem Wohlwollen des Verstorbenen beruht, als derselbe einen andern Erben durch Testament hätte ernennen können, so fehlt es doch an jeder positiven Thätigkeit, die als Ursache dieser Succession betrachtet werden könnte. — Eine solche Thätigkeit ist bey der testamentarischen Erbfolge allerdings vorhanden, dennoch wird auch diese niemals donatio genannt (a). Der Grund liegt wohl in folgenden zwey Umständen. Erstlich gehört zu jeder Schenkung Vermehrung Eines Vermögens durch Verminderung eines andern. Bey der Erbfolge aber wird das Vermögen des Verstorbenen gar nicht vermindert, sondern es dauert unverändert fort, nur in

(a) Die einzige Stelle, die man etwa auf die Erbeinsetzung als Schenkung deuten könnte, ist *L.* 30 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.). „... ut stipulationes, rerum traditiones, legata, hereditatesve his (servis) datae, *ceterae donationes*, item servitutes ..." Allein in dieser Stelle ist es gar nicht nöthig, das *ceterae* donationes auch auf die unmittelbar vorhergehende hereditates zu beziehen, vielmehr ist es durch die vor denselben genannten traditiones und legata, hinlänglich gerechtfertigt.

einer andern Person. Zweytens gehört zu jeder Schenkung das auf die Bereicherung des Empfängers gerichtete Bewußtseyn des Gebers. Bey der Erbeinsetzung aber kann der Testator nie bestimmt wissen, ob er den Erben bereichern werde, weil durch Unglück oder Verschwendung das Vermögen völlig verschwinden, ja selbst zu einer negativen Größe werden kann (b).

Anders verhält es sich in beiden Rücksichten mit dem Legat, welches im Justinianischen Recht mit dem Singularfideicommiß identisch geworden ist. Denn hier wird in der That Etwas dem einen Vermögen entzogen, dem andern hinzugefügt; auch weiß man bey dem Legat in der Regel ganz sicher, daß der Legatar dadurch bereichert werden wird (c). Daher wird denn auch das Legat von den alten Juristen geradezu eine donatio genannt (d). Dennoch ist dieser Ausdruck nur ein uneigentlicher, eine wahre Schenkung ist das Legat nicht, und an eine Anwendung der für die Schenkung aufgestellten positiven Rechtsregeln

BIBLIOTECA ROMANA

(b) Damit steht nicht im Widerspruch, daß der Erwerb durch Erbschaft in der Regel eine lucrativa causa heißt (§ 143. g); denn zu der Zeit, wo dieser Erwerb bereits eingetreten ist, läßt sich der Betrag der Erbschaft wohl übersehen, nicht so zu der Zeit, worin das Testament errichtet wird.

(c) Ich sage: in der Regel, denn allerdings giebt es auch Legate, die den Legatar gar nicht bereichern, z. B. wenn durch Legat der Erbe verpflichtet wird, ein Haus um dessen wahren Werth an den Legatar zu verkaufen. *L.* 66 *L.* 49 § 8 *de leg.* 1 (30. un.). Auch dieses ist ein wahres Legat, obgleich es nicht mit Fideicommissen belastet werden kann, auch nicht bey der Falcidia in Betracht kommt.

(d) *L.* 36 *de leg.* 2 (31. un.). „Legatum est donatio testamento relicta" (von Modestin). § 1 *J. de leg.* (2. 20.). „Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta."

hat dabey nie ein Römischer Jurist gedacht. Hier liegt der Grund, der das Daseyn wahrer Schenkung ausschließt, lediglich in dem oben für die Successionen von Todes wegen im Allgemeinen aufgestellten Princip.

Die bloße mortis causa capio kann zuweilen, eben so wie das Legat, als eine uneigentliche Schenkung angesehen werden; wird z. B. dem Gajus ein Legat von 1000 gegeben, unter der Bedingung daß er dem Sejus 300 gebe, so ist nach der Absicht des Testators der letzte Erfolg derselbe, wie wenn aus der Erbschaft Gajus 700, Sejus 300 erhalten hätte. In anderen Fällen wird nicht einmal dieser Schein statt finden, z. B. wenn ein Sklave freygelassen wurde, unter der Bedingung daß er dem Gajus 100 zahle; denn nun bekam Gajus aus dem Vermögen des Testators gar Nichts (e). Eine wahre Schenkung ist die mortis causa capio niemals.

Die testamentarische Freylassung war schon deshalb keine Schenkung, weil der Freygelassene von dem Verstorbenen kein zum Vermögen gehörendes, also zu einem

(e) Dieses ist der wahre Sinn der etwas schwierigen *L.* 38 *de mortis causa don.* (39. 6.) „mortis causa capitur *et quod non cadit in speciem donationis.*" Marcellus will sagen: die mortis c. capio kann den Schein einer donatio an sich tragen, eine uneigentliche Schenkung seyn (wie in dem ersten der im Text angeführten Beyspiele). Aber auch Dasjenige kann mortis c. capio seyn, was nicht einmal diesen Schein an sich trägt (*et* quod non cadit in speciem donationis), und dafür giebt er nun selbst erläuternde Beyspiele an. — Hieraus ist es klar, daß das Florentinische et unentbehrlich ist; die Vulgata ließ es weg, weil jener, allerdings versteckte, Zusammenhang des Gedankens nicht erkannt wurde.

Geldeswerth anzuschlagendes, Recht erhielt; dennoch kommt auch hier der Name donatio im uneigentlichen Sinn vor. Davon wird noch weiter unten (§ 148), in Verbindung mit der Freylassung unter Lebenden, die Rede seyn.

Dagegen ist allerdings die mortis causa donatio, wie schon der für sie geltende Kunstausdruck zeigt (f), eine wahre Schenkung; ja sie war sogar ursprünglich Nichts als Schenkung. Wie sie späterhin einen zweydeutigeren Character angenommen hat, halb als Schenkung, halb als Succession durch letzten Willen, wird weiter unten (§ 172) gezeigt werden.

§. 145.

V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung.

Das zweyte Erforderniß wahrer Schenkung (§ 142) war: Bereicherung auf der einen Seite, Verlust auf der andern. Genauer betrachtet aber zerfällt dieses Element

(f) Dieser Kunstausdruck würde in der guten alten Zeit nicht entstanden seyn, wenn es nicht eine wahre Schenkung gewesen wäre. Daß man in der neuesten Gesetzgebung donatio propter nuptias nennt, was in der That nicht Schenkung ist, beweist dagegen Nichts. Die schon weit früher vorkommende donatio ante nuptias war eine wahre Schenkung, von jeder andern Schenkung gar nicht verschieden, und wurde nur besonders hervorgehoben, damit sie nicht mit der, faktisch so nahe liegenden, verbotenen donatio inter virum et uxorem verwechselt würde. Die historische Entwicklung der neuen donatio propter nuptias aus der älteren donatio ante nuptias erklärt und rechtfertigt einigermaßen den ungenauen Sprachgebrauch in der Benennung der donatio propter nuptias.

der Schenkung wieder in zwey, von einander verschiedene. Es muß nämlich erstens Etwas aus Einem Vermögen ausscheiden und in das andere hinübergehen, und es muß zweytens der letzte Erfolg dieser Veränderung darin bestehen, daß der Totalwerth des einen Vermögens vermindert, des andern vermehrt wird. Daß das erste ohne das zweyte Statt finden könne, wird durch den Kauf einer Sache um ihren wahren Werth einleuchtend, wobey aus jedem Vermögen Etwas in das andere übergeht, und dennoch Keiner reicher oder ärmer wird (a). — Das erste dieser beiden, so unterschiedenen Elemente nenne ich die Veräußerung (b), und es ist demnach vor Allem auszuführen, daß jede Schenkung eine Veräußerung enthalten müsse. Ja dieses ist in der That die Grundlage aller Schenkung.

In diesem Bestandtheil nun ist die Schenkung verwandt mit einigen anderen Rechtsinstituten, deren Grundsätze wir folglich hier geltend machen dürfen. Das erste derselben ist die Pauliana actio, oder die Klage eines Glaubigers gegen Denjenigen, an welchen der insolvente Schuldner unredlicherweise, zum Nachtheil des Glaubigers, Etwas veräußert hat. Diese Klage kommt mit der Schenkung

(a) Die Römer pflegen beide Erfordernisse nicht zu unterscheiden, sondern unter den gemeinsamen Ausdrücken zusammen zu fassen, der Eine müsse pauperior, der Andere locupletior werden. Vgl. *L.* 5 § 8. 16. *de don. int. vir.* (24. 1.). Für die deutliche Einsicht ist die Unterscheidung gewiß förderlich.

(b) Gewöhnlich gebrauchen wir den Ausdruck Veräußerung in demselben beschränkteren Umfang, wie die Römer den Ausdruck alienatio, nämlich für die Übertragung irgend eines dinglichen Rechts. *L.* 7 *C. de reb. alienis* (4. 51.).

in dem Erforderniß der Veräußerung (weshalb ich sie hier erwähne) völlig überein (c), Bereicherung des Empfängers ist dazu nicht schlechthin nöthig, sondern nur entweder Bereicherung desselben, oder Mitwissen an der Unredlichkeit des veräußernden Schuldners (d). — Das zweyte verwandte Rechtsinstitut war die Faviana und Calvisiana actio. Der Patron hatte große Ansprüche an den Nachlaß des Freygelassenen. Suchte nun dieser durch Veräußerungen jene Ansprüche unredlicherweise zu entkräften, so bekam der Patron jene Klagen gegen den Dritten, an welchen die Veräußerung geschehen war (e). Auch hier liegt derselbe Begriff der Veräußerung zum Grunde, wie bey der Schenkung und der Pauliana actio (f), und darum werden jene Klagen hier erwähnt. In Beziehung auf den Empfänger waren dieselben noch ausgedehnter als die Pauliana; er brauchte weder mitwissend zu seyn, noch durch die Veräußerung bereichert zu werden, um durch diese Klagen zur Rückgabe des Empfangnen gezwungen werden zu

(c) *L.* 3 § 2 *L.* 6 *pr. quae in fraud.* (42. 8.).

(d) *L.* 6 § 11, *L.* 25 *pr. quae in fraud.* (42. 8.). — *L.* 7. 8. 9 *eod.* — *L.* 5 *C. de revoc. his quae in fr.* (7. 75.).

(e) *L.* 1 *pr.* § 3. 4 *L.* 3 § 2. 3 *si quid in fraud.* (38. 5.). — Daß diese Klagen im heutigen Recht nicht vorkommen, versteht sich; ihre Grundsätze aber haben sich darin durch folgende weitere Anwendung erhalten. Wenn ein Unmündiger arrogirt wird, so muß er bey des Adoptivvaters Tod wenigstens den vierten Theil des Vermögens desselben erhalten. Hat ihm der Vater durch Veräußerungen diesen gesetzlichen Anspruch zu entkräften gesucht, so kann er durch eine actio quasi Faviana oder Calvisiana die veräußerten Sachen zurück fordern. *L.* 13 *eod.*

(f) *L.* 1 § 6. 7 *si quid in fr.* (38. 5.).

können (g). — Einigermaßen gehört auch die condictio indebiti, desgleichen das sogenannte beneficium competentiae, unter die Rechtsinstitute, deren Analogie zur Bestimmung der in der Schenkung nothwendig enthaltenen Veräußerung benutzt werden kann. Die Condiction insofern, als auch sie ein Weggeben oder Veräußern voraussetzt, eben so wie die Schenkung (dort solvendi animo, hier donandi); das beneficium competentiae, insofern dieses wegfällt, wenn der Schuldner nur durch absichtliche Veräußerung in eine ganz hülflose Lage gekommen ist.

Überall nun, wo dieses Erforderniß wahrer Veräußerung fehlt, darf keine Schenkung angenommen werden, selbst wenn andere Elemente derselben, namentlich das uneigennützige Wohlwollen als Beweggrund, vorhanden seyn sollten. Die Fälle, in welchen blos aus diesem Grund die Schenkung ausgeschlossen ist, lassen sich auf folgende Klassen zurückführen:

1) Wenn das Wohlwollen durch eine solche Thätigkeit geäußert wird, welche den Umfang des Vermögens überhaupt nicht berührt.

2) Wenn blos die mögliche Vermehrung des Vermögens unterlassen, kein erworbenes Recht aufgeopfert wird.

(g) *L.* 1 § 4. 12. 13. 16. 17. 24 *si quid in fraud.* (38. 5.). — Die größere Strenge gegen den Beklagten, in Vergleichung mit der Pauliana, erklärt sich wohl daraus, daß die Eigenschaft eines Freygelassenen leichter erkennbar ist, als die Eigenschaft eines insolventen Schuldners. Wenn nun Beiden gegenüber ein Käufer gleich unwissend, also redlich ist, so trifft diesen Käufer der Vorwurf der Unvorsichtigkeit mehr bey der Faviana, als bey der Pauliana.

3) Wenn zwar auf der einen Seite ein Vermögensrecht aufgeopfert, auf der andern Seite aber ein außer dem Vermögen liegendes Recht erworben wird.

Die erste Klasse von Fällen ohne wahre Schenkung besteht darin, daß die wohlwollende Thätigkeit den Umfang des Vermögens nicht berührt.

Daher liegt keine Schenkung in dem Mandat, das heißt der unentgeldlichen Besorgung fremder Angelegenheiten, desgleichen in dem Depositum, das heißt der unentgeldlichen Aufbewahrung fremder Sachen, obgleich durch diese beiden Geschäfte dem Andern eine bedeutende Geldausgabe erspart werden kann (h). Eben so auch in dem Commodat, das heißt dem unentgeldlichen Gebrauch einer Sache, den wir einem Andern verstatten; desgleichen in dem damit verwandten Precarium (i). In allen diesen Fällen ist deswegen keine Schenkung vorhanden, weil der Handelnde den Umfang seines Vermögens nicht verändert.

(h) *L.* 9 § 3 *de j. dot.* (23. 3.), *L.* 58 § 2 *de don. int. vir.* (24 1.). Hier wird das Depositum zwischen Mann und Frau, eben so das Mandat zwischen dem Mann (oder dessen Sohn) und der Frau, als gültig anerkannt, worin also liegt, daß diese Geschäfte nicht die Natur einer Schenkung an sich tragen.

(i) Als Widerlegung könnte man folgende Stellen geltend machen: *L.* 14 *de prec.* (43. 26.). „... magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti, spectat precarii condicio." *L.* 14 § 11 *de furtis* (47. 2.). „... quia simile donato precarium est." Hier ist aber offenbar donatio in dem unbestimmten faktischen Sinn genommen, ja selbst der Ausdruck geht auf eine bloße Ähnlichkeit mit donatio, nicht auf wirkliche Subsumtion unter den Begriff derselben.

Ein Zweifel könnte in den Fällen entstehen, in welchen der Handelnde durch dieselbe Thätigkeit hätte anderwärts Geld erwerben können, welchen Erwerb er nun, zu des Andern Vortheil, freywillig ausgeschlagen hat. Diese Frage aber fällt in die Betrachtung der folgenden Klasse.

Noch wichtiger ist die zweyte Klasse von Fällen ohne wahre Schenkung, welche darauf beruht, daß blos die mögliche Vermehrung des Vermögens unterlassen, kein erworbenes Recht aufgeopfert wird. In allen solchen Fällen ist überhaupt keine Veräußerung vorhanden (k), und aus diesem Grunde wird die Anwendung sowohl der Pauliana und Faviana (l), als des fingirten Vermögens bey dem sogenannten beneficium competentiae (m), schlechthin verneint. Aus demselben Grunde aber kann keine Schenkung angenommen werden, wie rein auch die wohlwollende Triebfeder des Einen, und wie groß der Gewinn des Andern seyn möge. Und zwar ist dieses als durchgreifendes Princip anzusehen, sowohl in Beziehung auf die Lex Cincia und die Insinuation, als auf die Schenkung in der Ehe (wovon allein die meisten Stellen reden), und den Widerruf (n).

(k) *L.* 28 *pr. de V.S.* (50. 16.). „... Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare .."

(l) *L.* 6 *pr. quae in fraud.* (42. 8.), *L.* 134 *pr. de R. J.* (50. 17.). — *L.* 1 § 6 *si quid in fraud.* (38. 5.).

(m) *L.* 68 § 1 *pro socio* (17. 2.). Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur? Sed verius est de eo sentire Proconsulem, qui erogat bona sua..."

(n) Eine Bestätigung dieser

Die einzelnen Fälle dieser Klasse sind folgende.

Es ist keine Schenkung, wenn Derjenige, welchem eine Erbschaft oder ein Legat angefallen ist, dieses ausschlägt, um dem nach ihm Berufenen den Vortheil zuzuwenden; daher ist diese Begünstigung unter Ehegatten erlaubt (o), und eben so ist hier die Anwendung der Pauliana und der Faviana ausgeschlossen (p). Dasselbe gilt, wenn Jemand den ihm geneigten Testator bestimmt, nicht ihm, sondern einem Andern, die Erbschaft oder ein Legat zuzuwenden (q). Eben so wenn der berufene Legatar (oder Erbe) den Erwerb dadurch verhindert, daß er eine vorgeschriebene Bedingung absichtlich unerfüllt läßt (r). — Dieser ganzen Be-

Behauptungen liegt in folgender Stelle, worin man bey oberflächlicher Betrachtung einen Einwurf suchen könnte. *L.* 45 *pr. de j. fisci* (49. 14.). „In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur: *idemque juris est et si non quaeratur:* aeque enim in omnibus fraus punitur." Hier ist deutlich anerkannt, daß der unterlassene Erwerb weder als Schenkung, noch überhaupt als Veräußerung zu betrachten ist; nur soll das Klagerecht des Fiscus alle diese Fälle gleichmäßig umfassen.

(o) *L.* 5 § 13. 14 *de don. int. vir.* (24. 1.). Ganz gewiß kann in demselben Fall weder von der L. Cincia, noch von der Insinuation die Rede seyn. Nicht blos passen die hierin enthaltenen Formen gar nicht auf die Ausschlagung der Erbschaft oder des Legats, sondern diese Beschränkung steht mit der Grundansicht des R. R. von der freyen Willkühr berufener Erben oder Legatare im Widerspruch. Bey Erbschaften kommt noch hinzu der unsichere Erfolg des Ausschlagens, weil der Erwerb des nachher Berufenen, dem der Vortheil zugedacht ist, noch auf mancherley Weise verhindert werden kann: durch dessen Ausschlagen oder Tod, durch Versäumniß der Agnitionsfrist.

(p) *L.* 6 § 2—5 *quae in fraud.* (42. 8.). — *L.* 1 § 6 *si quid in fraud.* (38. 5.).

(q) *L.* 31 § 7 *de don. int. v.* (24. 1.), von dem Verhältniß der Ehegatten.

(r) *L.* 1 § 6 *si quid in fraud.*

hauptung ſcheint die Beſtimmung zu widerſprechen, daß die Ehefrau ihrem Manne eine Dos dadurch beſtellen kann, daß ſie zu ſeinem Vortheil ein ihr angefallenes Legat, oder auch eine Erbſchaft, ausſchlägt (s). Dennoch iſt hierin kein Widerſpruch. Wenn die Frau hierüber mit ihrem Manne einig iſt, ſo liegt in der eben angeführten Beſtimmung blos der Erlaß einer ganz überflüſſigen Förmlichkeit, eine Art von brevi manu facta traditio, indem ohnehin die Frau hätte das Legat oder die Erbſchaft erwerben und dann dem Mann als Dos hingeben können. Es iſt alſo nur die natürliche Erleichterung eines durchaus gül-

(38. 5.). — Eben ſo gehört dahin der in *L.* 67 § 3 *ad Sc. Treb.* (36. 1.) angeführte Fall, da der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft für ſuspect erklärt, blos um ſie nun dem Fideicommiſſar ganz, ohne Abzug, zuzuwenden. Das heißt hier donationis causa, aber wieder nur in dem uneigentlichen Sinn, eine wahre Schenkung iſt es nicht. Vgl. unten § 152. g.

(s) *L.* 14 § 3 *de fundo dot.* (23. 5.). „Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro omiserit hereditatem, vel legatum: erit fundus dotalis." — Damit ſcheint wieder unvereinbar *L.* 5 § 5 *de j. dot.* (23. 3.). „Si pater repudiaverit hereditatem dotis constituendae causa ... dotem profectitiam non esse, Julianus ait. Sed et si legatum in hoc repudiaverit pater ... non esse profectum id de bonis: quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit." Allerdings iſt dieſe ausgeſchlagene Erbſchaft nicht profecta a patre, und daher gilt dabey nicht das ſehr poſitive Recht der profectitia dos; will der Vater, daß dieſes gelte, ſo muß er erſt die Erbſchaft erwerben, und dann den Inhalt derſelben dem Schwiegerſohn als Dos geben. Allein auch ohne dieſen Umweg, würde es immer eine Dos ſeyn, nur nicht profectitia. — Das aber wird überall, und auch in *L.* 14 *cit.*, ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß der Mann mit dem ganzen Hergang einverſtanden war; denkt man blos an ein einſeitiges Ausſchlagen des Vaters oder der Frau in dieſer Abſicht, aber ohne Übereinkunft mit dem Mann, ſo wird dieſer unbeſchränkt Erbe oder Legatar, ohne alle Dotalverpflichtung.

tigen Rechtsgeschäfts, in einer durch viele unzweifelhafte Analogien unterstützten Weise. Wollte man dagegen die donandi animo ausgeschlagene Erbschaft als wahre Schenkung behandeln, so würde man nicht, wie in jenem Fall, den rechtmäßigen Willen durch erleichterte Formen unterstützen, sondern man würde die ganz positiven, den Willen einschränkenden, Schenkungsregeln künstlich auf einen Fall anwenden, der seiner Natur nach jenen Regeln gar nicht unterworfen ist, woraus also eine ganz grundlose Beschränkung des freyen Willens hervorgehen würde.

Eben so ist keine Veräußerung (also auch keine Schenkung) vorhanden, wenn der Glaubiger, dem Etwas unter einer Bedingung versprochen ist, die Erfüllung dieser Bedingung, also die Entstehung einer Forderung, absichtlich verhindert (t).

Ferner wenn Derjenige, welcher zu einer querela inofficiosi, oder zu einer Injurienklage berechtigt ist, diese Klagen absichtlich untergehen läßt (u). Bey anderen Klagen würde es eine Veräußerung, zuweilen also auch eine Schenkung, gewesen seyn, weil das Klagerecht selbst schon ein Stück des Vermögens gewesen wäre; bey jenen Klagen ist zunächst noch gar kein Vermögensrecht vorhanden, sondern es kann nur erst ein solches entstehen durch des Verletzten freyen Entschluß zur Klage (§ 73. f. x). Daher ist

(t) *L.* 6 § 1 *quae in fraud.* (42. 8.), von der Pauliana. — *L.* 1 § 6 *si quid in fraud.* (38. 5.), von der Faviana.

(u) *L.* 1 § 7. 8 *si quid in fraud.* (38. 5.), von der Faviana.

der von dem Berechtigten herbeygeführte Untergang jener Klagen nur als absichtlich unterlassener Erwerb eines Vermögensrechts, nicht als Veräußerung anzusehen.

§. 146.

V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Fortsetzung.)

Zu derselben zweyten Klasse von Fällen ohne wahre Schenkung gehören noch folgende, deren Natur nicht so unzweifelhaft ist, wie die der bisher abgehandelten.

Es wurde oben gesagt, daß das Commodat in der Regel keine Schenkung enthalte (§ 145), und für gewöhnliche Fälle kann dieses auch keinen Zweifel haben. Wer einem Freund Pferd oder Wagen zu einer Reise unentgeldlich überläßt, wird dadurch nicht ärmer, er entbehrt nur eine Zeit lang die Bequemlichkeit, die ihm der eigene Gebrauch der verliehenen Sachen gewähren konnte. Es giebt jedoch eine Art von Sachen, die vor anderen zum gleichförmig nothwendigen Lebensbedarf gehören. Jeder Mensch bedarf einer Wohnung, und insofern er nicht untergeordnetes Mitglied eines Hausstandes ist, kann er dieses Bedürfniß in der Regel nur durch Grundeigenthum, oder durch einen Miethvertrag, befriedigen. Eben so wird umgekehrt der Eigenthümer eines Hauses dieses entweder selbst bewohnen, oder vermiethen; daß er es leer stehen lasse, gehört zu den seltnen Ausnahmen. Daher läßt sich bey Wohngebäuden, mehr als bey anderen Sachen, der

bloße Gebrauch zu dem Werth einer Geldsumme anschlagen, und es werden sich dafür an den meisten Orten, je nach der Größe und Annehmlichkeit der Wohnungen, ziemlich regelmäßige Preiße bilden. Die natürliche Folge davon ist, daß das Commodat einer Wohnung (a) als eine wahre Schenkung angesehen werden kann, nämlich als Schenkung derjenigen Geldsumme, welche der Bewohner ohne jenes Commodat als Miethgeld hätte aufwenden müssen (b). In den meisten Fällen wird der Eigenthümer, der die Wohnung unentgeldlich überläßt, gerade so viel an Miethgeld aufopfern, als der Andere an Miethgeld erspart; wo dieses nicht ist, kann nur die geringere Summe als Gegenstand der Schenkung gelten, da nur in dieser das Geben und Nehmen zusammen trifft, welches zum Wesen jeder Schenkung nöthig ist. Wenn z. B. eine Wohnung, die stets zu 800 vermiethet war, Demjenigen unentgeldlich überlassen wird, der, nach Verhältniß seiner Einnahme, nie mehr als 500 an Miethgeld ausgab, so sind ihm nur 500 geschenkt, weil er nur diese als Miethgeld erspart; die übrigen 300, die der Eigenthümer gleichfalls aufopfert, gehen darin auf, daß der Bewohner mehr

(a) Daß es ein wahres Commodat ist, sagen ausdrücklich *L.* 1 § 1 *comm.* (13. 6.), *L.* 17 *pr. de praescr. verbis* (19. 5.).

(b) *L.* 9 *pr. de don.* (39. 5.). „In aedibus alienis habitare gratis, *donatio videtur:* id enim ipsum capere videtur qui habitat, *quod mercedem pro habitatione non solvit.*" — So steht in *L.* 6 *de alimentis* (34. 1.) die habitatio, neben cibaria et vestitus, unter den strengen Lebensbedürfnissen „quia sine his ali corpus non potest."

Luxus und Bequemlichkeit zu genießen bekommt, ohne dadurch reicher zu werden (c). Wird umgekehrt eine Wohnung von 500 unentgeldlich einem Bewohner überlassen, der stets 800 an Miethgeld ausgab, so sind wieder nur 500 geschenkt, da der Eigenthümer nur diese aufopfert; die übrigen 300 erspart der Bewohner zwar auch, aber nicht durch die Freygebigkeit des Eigenthümers, sondern durch Entbehrungen, denen er sich unterwirft. — Diese Art der Schenkung wird übrigens in vielen Fällen die Anwendung der positiven Regeln gar nicht veranlassen. Von der Insinuation wird dabey die Rede seyn, nur wenn durch Vertrag auf bestimmte künftige Zeit die Wohnung überlassen wird, weil sich dann die Schenkung sogleich auf eine bestimmte Geldsumme zurückführen läßt; fehlt ein solcher Vertrag, so löst sich das Ganze in viele einzelne Schenkungen auf, und die Insinuation ist nicht anwend-

(c) Auf diese Gestalt des Falls geht, in einem ganz ähnlichen Rechtsverhältniß, *L.* 65 § 7 *de cond. ind.* (12. 6.). „Sic habitatione data, pecuniam condicam: *non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses*" (nämlich wenn dieses Letzte weniger beträgt als das Erste). Wie durch den solvendi animus im Fall des Irrthums die Anwendung der condictio begründet wird, so durch den donandi animus die Anwendung der positiven Regeln der Schenkung. Beide Anwendungen sind bedingt durch Veräußerung, d. h. durch übereinstimmendes Geben und Empfangen, und darum beweist die angeführte Stelle auch hier. — Ganz auf denselben Ansichten beruht auch *L.* 25 § 16 *de her. pet.* (5. 3.). Der redliche Besitzer einer Erbschaft soll nur herausgeben, was er lucrirt hat; sind Vorräthe der Erbschaft verzehrt worden, so ersetzt er nur, was er außerdem aus eigenem Vermögen angeschafft hätte, also nun erspart hat. „Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae, etsi non heres fuisset, erogasset."

bar (§ 166). — Unter Ehegatten kann die Wohnung des Mannes im Hause der Frau nicht als Schenkung gelten, weil sie die natürliche Folge des gemeinsamen Lebens ist (§ 152); anders ist es, wenn ein Ehegatte dem Andern ein Gebäude unentgeldlich überläßt, welches von diesem zur Betreibung eines Gewerbes (nicht zur eignen Wohnung) benutzt wird. — Der Widerruf aus besonderen Gründen wird bey dieser Schenkung immer vorkommen können.

So wie hier das Commodat ausnahmsweise eine Schenkung enthält, kann auch das Depositum (§ 145) sich zu einer solchen gestalten. Wenn nämlich der Eigenthümer eines Magazins in denselben regelmäßig Kaufmannswaaren gegen Bezahlung aufnimmt, diesen Raum aber einem Einzelnen unentgeldlich gestattet, so enthält das Depositum eine wahre Schenkung, weil der Eine eine Geldeinnahme aus Liberalität aufopfert, der Andere eine Ausgabe erspart.

Derselbe Fall findet sich ferner bey dem Mandat, welches gleichfalls in der Regel nicht als Schenkung gelten kann (§ 145). Ist nämlich die Rede von gewerblichen Arbeiten, die gewöhnlich für Geld geleistet werden (operae fabriles), so können diese, ganz wie der Gebrauch eines Hauses, auf bestimmte Geldsummen zurückgeführt werden (d). Wird nun eine solche Arbeit aus Liberalität unentgeldlich besorgt, und wird dadurch dem Andern das

(d) *L.* 6 *de operis libert.* (38. 1.). „Fabriles operae ceterae- que, *quae quasi in pecuniae praestatione consistunt* ..."

Geld erspart, welches er außerdem dafür hätte ausgeben müssen, so liegt darin eine wahre Schenkung; gerade so wie die condictio indebiti begründet ist, wenn jene Arbeit in irriger Voraussetzung einer Verpflichtung geleistet wird (e). Die Schenkung konnte in solchem Fall bey den Römern ausgehen bald von dem Arbeiter selbst, wenn dieser ein freyer Mensch war, bald von dem Eigenthümer des arbeitenden Sklaven; bey uns ist nur der erste Fall denkbar.

Noch unzweifelhafter, als bey dem Commodat eines Hauses, ist eine Schenkung anzunehmen, wenn der Gebrauch eines Landguts einem Andern unentgeldlich überlassen wird (f). Denn dieser Gebrauch besteht hauptsächlich in dem Fruchterwerb, und die künftigen Früchte sind

(e) *L.* 26 § 12 *de cond. ind.* (12. 6.). „.. Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere? ... in proposito, ait, posse condici, *quanti operas esset conducturus* ..." (esset, nämlich patronus; so liest richtig die Vulgata; Flor. „essem"). — Nur scheinbar widerspricht dieser Stelle *L.* 25 *de praescr. verb.* (19. 5.), welche blos sagt, die Condiction könne nun nicht auf gegenseitig, als Ersatz, zu leistende Arbeit gehen; damit ist nicht ausgeschlossen, daß sie auf das Geld gerichtet werde, welches der Empfänger der Arbeit erspart, folglich so gut als baar empfangen hat.

(f) *L.* 9 § 1 *de don.* (39. 5.). „Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur. (Von diesem Satz wird sogleich Gebrauch gemacht werden.) *Si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem: fructus percepti venient in computationem donationis.*" Die computatio geht, im Sinn des Verfassers (Pomponius), auf die Vorschriften der L. Cincia; im Sinn Justinians auf die Insinuation. — Dasselbe Rechtsgeschäft liegt zum Grunde der Vorschrift in *L.* 35 § 1 *C. de don.* (8. 54.). Ferner dem Fruchtgenuß, den ein Fructuar einem Dritten schenkungsweise überläßt (§ 156).

es also, deren Eigenthum hier geschenkt wird. Diese Schenkung hat, wenn man auf den materiellen Erfolg sieht, große Ähnlichkeit mit einem geschenkten Niesbrauch, und sie unterscheidet sich von demselben allgemein nur dadurch, daß der Empfänger kein dingliches Recht bekommt; daneben kann diese Schenkung mit der verschiedensten Dauer verbunden seyn: sie kann auf willkührlichen Widerruf gegeben werden, oder auf bestimmte Jahre, oder auch (gleich dem Niesbrauch) auf die Lebensdauer des Empfängers (g). Eine bloße Anwendung und Anerkennung dieses Grundsatzes ist in folgender Bestimmung enthalten. Wenn der Mann Grundstücke als Dos bekommen hat, und nun deren natürliche Früchte oder Pachtertrag der Frau überläßt, so liegt darin eine ungültige Schenkung (h). Dasselbe muß gewiß um so mehr angenommen werden, wenn der Mann seine eigenen (nicht zur Dos gehörenden) Grundstücke auf gleiche Weise der Frau überläßt.

Auf den ersten Blick möchte man glauben, der verschaffte Gebrauch einer Geldsumme, weil diese fähig ist Zinsen zu tragen, müsse eben so wie der Gebrauch eines Hauses oder Landguts, als Schenkung gelten; dennoch ist es nicht also. Wenn der Glaubiger ein bisher zinsbares Darlehen, durch Erlaß der künftigen Zinsen, in ein un-

(g) Wie dieser überlassene Fruchtgenuß auch für die Zukunft durch Rechtsgeschäfte befestigt werden könne, wird angegeben in *L.* 66 *de j. dot.* (23. 3.) und *L.* 57 *sol. matr.* (24. 3.).

(h) *L.* 22 *L.* 28 *de pactis dot.* (23. 4.), *L.* 8 *C. de don. int. vir.* (5. 16.), *L.* 20 *C. de j. dot.* (5. 12.).

verzinsliches verwandelt, so gilt dieses nicht als wahre Schenkung, deren positive Einschränkungen also auf einen solchen Fall nicht anwendbar sind (i). Also muß um so mehr bey einer Geldsumme, die erst jetzt als Darlehen ohne Zinsen hingegeben wird, das Daseyn einer Schenkung verneint werden. — Wer eine Schuld, die er erst nach Jahren zu zahlen brauchte, sogleich zahlt, verschafft dadurch allerdings dem Gläubiger den Vortheil des früheren Zinsgenusses; dennoch gilt es nicht als Schenkung, denn es ist unter Ehegatten durchaus erlaubt (k). Daher kann es auch nicht als Schenkung gelten, wenn die in diem contrahirte Schuld vertragsweise in eine praesens obligatio verwandelt wird, da dieses eine noch geringere Veränderung ist, als die augenblickliche Zahlung. — Eben so darf es aber auch umgekehrt nicht als Schenkung gelten, wenn die praesens obligatio durch Vertrag in diem gestellt wird (l), indem auch dadurch der Schuldner höch-

(i) *L.* 23 *pr. de don.* (39. 5.). „Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse: *nec in ea donatione, ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.*" Das vitium ex summa quantitatis geht wieder auf die L. Cincia und die Insinuation, wie in *L.* 9 § 1 *eod.* (Note f). Daß das Geschäft dennoch donatio genannt wird, gehört zu dem uneigentlichen Sprachgebrauch (§ 143. i).

(k) *L.* 31 § 6 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis praesens solvere potest:* quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit." Daher gilt auch in gleichem Fall, wenn die Zahlung aus Irrthum zu früh geleistet wird, durchaus keine condictio indebiti. *L.* 10. 17. 56 *de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 88 § 5 *de leg.* 2 (31. un.).

(l) *L.* 56 *de cond. ind.* (12. 6.). „... pactum, quod in tempus certum collatum est, non

stens den Zinsengenuß der Zwischenzeit gewinnt, vorausgesetzt daß die Schuld eine unverzinsliche ist. — Worin liegt nun der Grund des Unterschieds, wenn der Gebrauch eines Grundstücks, oder aber einer Geldsumme, dem Andern unentgeldlich verschafft wird? Ohne Zweifel liegt er in folgender sehr natürlicher Betrachtung. Daß Jemand ein Grundstück ganz unbenutzt lasse, also weder durch eignen Gebrauch, noch durch Vermiethung, Vortheil davon ziehe, ist völlig ungewöhnlich, ja in den meisten Fällen, worin es dennoch vorkommen mag, nur als schlechte Wirthschaft erklärlich. Anders bey dem baaren Gelde. Dieses kann der Eigenthümer aus mancherley Gründen bey sich aufbewahren, wo es ihm keine Früchte trägt; er kann es auch in Hausrath, Kunstwerken u. s. w. anlegen, die gleichfalls keine Früchte bringen. In gewissem Umfang geschieht sogar Beides von Jedem; und wo wäre

magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit ...," offenbar deswegen, weil dadurch der Glaubiger Nichts weggiebt oder veräußert; aus demselben Grunde aber kann es auch nicht als Schenkung gelten. — Hierin scheint nun zu widersprechen *L.* 9 *pr. de don.* (39. 5.). „.. Potest enim et citra corporis donationem *valere donatio: veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.*" Da indessen so viele Stellen darin übereinstimmen, daß der verschaffte Gebrauch einer Geldsumme nicht als Veräußerung der möglichen Zinsen gelte (Note h. i, und die eben angeführte *L.* 56 *de cond. ind.*), so darf auch hier das valere donatio nicht von der Anerkennung wahrer Schenkung, also von der Anwendbarkeit der positiven Schenkungsregeln, verstanden werden, sondern nur von der Möglichkeit einer rechtsgültigen Liberalität, die eine uneigentliche Schenkung ist. Vielleicht ist der gegenwärtige falsche Schein dieser Stelle nur durch eine Auslassung, mit Rücksicht auf die *L.* Cincia, entstanden.

hier die Gränze zwischen Viel und Wenig? Obgleich also auch unser positives Recht die stete Möglichkeit anerkennt, baares Geld zinsbar zu benutzen (worauf allein der Grundsatz der Verzugszinsen beruht), so ist doch der Gebrauch dieser Möglichkeit ganz willkührlich. Daher ist es ganz consequent, den unentgeldlich überlassenen Gebrauch eines Grundstücks als ein von dem Eigenthümer gebrachtes Geldopfer, das heißt als eine Veräußerung zu betrachten, während dieselbe Handlung bey dem baaren Gelde dafür nicht angesehen werden kann; der Eigenthümer, der (wie oben bemerkt) das Geld vielleicht ungenutzt in seiner Kasse aufbewahren möchte, kann es vielleicht noch sicherer und bequemer finden, diese Aufbewahrung in Gestalt eines unverzinslichen Darlehens an einen wohlhabenden, zuverlässigen Schuldner zu bewirken. — Aus demselben Grunde aber muß unzweifelhaft anders entschieden werden, wenn der Glaubiger ein bereits zinsbares Kapital einem Dritten zur Nutzung überläßt; denn Diesem schenkt er gerade den Betrag der Zinsen, und es ist ganz zufällig, daß er das Geschenk durch den, Zinsen bezahlenden, Schuldner entrichten läßt. Eben so ist es auch anders, wenn die Frau ihrem Manne eine Dos in Geld nicht auszahlt, sondern nur verspricht und einstweilen verzinst, nun aber der Mann diese Zinsen auch für die Zukunft erläßt, das heißt also die zinsbare Schuld in eine unverzinsliche verwandelt; darin liegt eine verbotene Schenkung (m). Der Grund ist

(m) *L.* 21 § 1 *L.* 54 *de don. int. vir.* (24. 1.).

der, daß hier die Dos selbst zunächst nur in dieser Zinszahlung besteht, der Mann aber den Genuß der Dos zum Vortheil der Frau nicht aufgeben kann, ohne dadurch eine ungültige Schenkung vorzunehmen (n).

§. 147.

V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Fortsetzung.)

Eine etwas andere Gestalt nehmen diese Fälle an, wenn man nicht den Gebrauch oder Fruchtgenuß, wie wir es bisher gethan haben, sondern die fruchttragende Sache selbst, als Gegenstand der Schenkung ansieht, und nun den Einfluß der Schenkungsregeln auf die aus der geschenkten Sache später entstandenen Früchte erwägt. Betrachten wir in dieser Hinsicht zuerst ein geschenktes Landgut (a) Bey der Frage nach dem Umfang der Schenkung (bey der Insinuation) kommt blos der Sachwerth des Grundstücks selbst in Betracht; bleibt dieser unter der ge-

(n) Noch etwas anders zu erklären ist das tempore plus petere in § 33 *J. de act.* (4. 6.), welches allerdings auch den Zinsenverlust berücksichtigt. Allein das plus petere wird begründet durch jede dem Schuldner aufgebürdete Erschwerung seiner Lage, auch wenn sich dieselbe gar nicht auf ein bestimmtes Geldopfer zurückführen läßt. Selbst ohne Rücksicht auf Zinsen würde es schon deshalb ein plus seyn können, weil der Schuldner vielleicht jetzt schwerer Geld herbeyschaffen kann, als zu der Zeit, worin die Schuld fällig ist.

(a) Ich nenne Dieses, als den wichtigsten und anschaulichsten unter den hierher gehörenden Gegenständen. Es versteht sich aber von selbst, daß Dasselbe, wie bey den Feldfrüchten, auch bey allen anderen natürlichen Früchten, z. B. den Jungen und der Wolle verschenkter Thiere, gelten muß.

setzlichen Summe, so ist die Schenkung durchaus gültig, ohne Rücksicht auf die aus den späteren Früchten allmälig hinzutretende Bereicherung (b). Auch wenn der Sachwerth die gesetzliche Summe übersteigt, z. B. 1000 Dukaten anstatt 500, bey fehlender Insinuation, beträgt, so ist zwar die Hälfte des Landguts ungültig geschenkt und kann zurückgefordert werden; für die Früchte aber gilt keine Rückforderung, da sich deren Erwerb auf viele einzelne kleine Schenkungen zurückführen läßt, die keiner Insinuation bedürfen (§ 166). — Sehr zweifelhaft ist die Frage, wenn ein unter Ehegatten verschenktes Landgut zurückgefordert wird, ob nun zugleich die Früchte, die der Beschenkte gezogen hat, und um welche er noch jetzt reicher ist, als Schenkung betrachtet, und zurückgefordert werden können. Nach Ulpian möchte man diese Frage allgemein verneinen (c). Pomponius verneint sie blos für die durch Cultur erzeugten Früchte, während er sie für die von selbst entstehenden bejaht (d). Beide Stellen ließen sich dadurch

(b) *L.* 9 § 1 *de don.* (39. 5.) in ihrem ersten Satz (§ 146. f). *L.* 11 *eod.* „Cum *de modo donationis* quaeritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse videtur." (vgl. § 143. l). — Beide sprechen im Sinn ihrer Verfasser von der Lex Cincia, im Sinn Justinians von der Insinuation.

(c) *L.* 17 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem."

(d) *L.* 45 *de usuris* (22. 1.). „Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: (d. h. er darf sich dadurch rechtmäßig bereichern) illos tamen, quos suis operis adquisierit,

etwa vereinigen, daß man die zweyte blos als die genauere Bestimmung der ersten betrachtete, wodurch alle entscheidende Kraft in die zweyte gelegt würde. Allein auch damit ist die Schwierigkeit nur scheinbar beseitigt. Denn erstlich ist die Unterscheidung jener zwey Arten von Früchten theils schwankend und unbestimmt, theils grundlos, da in den durch Cultur erzeugten Früchten doch immer ein reiner Gewinn, nach Abzug der Culturkosten, zu ermitteln ist; und wohin soll namentlich das Pachtgeld gerechnet werden, welches eben diesen reinen Gewinn darstellt, und in die Hände des Verpächters ganz ohne Arbeit desselben gelangt? Zweytens steht es im Widerspruch mit der oben (§ 146. f. h) aufgestellten Regel, daß die Überlassung des bloßen Fruchtgenusses als reine Schenkung gilt, und daher unter Ehegatten ungültig ist; denn diese Regel könnte nun der gewinnsüchtige Ehegatte leicht dadurch umgehen, daß er sich das Grundstück selbst schenken ließe, da ihm denn, wenn es später zurückgefordert würde, der Fruchtgenuß der Zwischenzeit nicht entzogen werden könnte. Drittens ist ganz ausdrücklich bestimmt, daß wenn der Mann während der Ehe die Dos an die Frau zurück giebt, dieses als ungültige Schenkung betrachtet, und die ganze Dos, also auch die darin enthaltenen Grundstücke, mit allen Früchten der Zwischenzeit, an den

veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit ejus: (sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris) quia non ex facto ejus is fructus nascitur."

Mann zurückgegeben werden ſoll (e); gilt aber dieſes von den Dotalgrundſtücken, ſo muß es um ſo mehr von den eignen Grundſtücken des Mannes gelten. Noch wichtiger endlich iſt eine Stelle des Marcellus, welche geradezu annimmt, daß, bey dem an einen Ehegatten geſchenkten Eigenthum eines Landgutes, auch die Früchte mit in die Schenkung fallen und von der Ungültigkeit eben ſo, wie die Hauptſache, betroffen werden (f). Hieraus iſt es auch klar, daß in der That die Römiſchen Juriſten verſchiedene Meynungen über dieſe Frage hatten. Marcellus hatte die conſequenteſte Meynung; Ulpian, der ſich auf Julian beruft, ſchließt alle Früchte von der Schenkung aus; Pomponius vermittelt, indem er zwey Arten der Früchte unterſcheidet. Daher könnte die oben angegebene Vereinigung des Ulpian mit Pomponius zwar im Sinn von Juſtinian, als Auflöſung eines Widerſpruchs, etwa verſucht werden: Ulpians wahre Meynung findet darin keine Anerkennung.

Erwägt man das Gewicht dieſer Gründe, ſo kann

(e) *L. un. C. si dos* (5. 19.), d. h. *L.* 3 *C. Th. de j. dot.* (3. 13.). *Nov.* 22. *C.* 39.

(f) *L.* 49 *de don. int. vir.* (24. 1.). Eine Frau ſchenkt ihrem Mann das Eigenthum eines Landgutes, dergeſtalt daß dieſes bey dem Tod des Mannes an den Sohn dieſer Ehegatten fallen ſoll. „.. si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, *nihil valebit traditio: id est si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus.*" Marcellus geht alſo hier auch davon aus, daß außerdem durch dieſe Art der Schenkung ſelbſt die des bloßen Fruchtgenuſſes gegen die ihr zukommende Ungültigkeit geſichert werden würde, welches verhindert werden ſoll.

wohl als wahrscheinlich angenommen werden, daß Ulpian und Pomponius in den angeführten Stellen durch die täuschende Ähnlichkeit der Früchte mit den Geldzinsen (von welchen sogleich noch die Rede seyn wird) irre geführt worden sind (g); dann aber wird anzunehmen seyn, daß alle Früchte ohne Unterschied als ungültig geschenkt gelten, und zurückgegeben werden müssen, ganz nach der Ansicht des Marcellus. Wem jedoch dieses Verfahren, bey dem nicht abzuläugnenden Daseyn der Stellen des Ulpian und Pomponius, allzu kühn erscheint, dem bleibt freylich Nichts übrig, als die von Pomponius aufgestellte unterscheidende Regel anzuerkennen, daneben aber für die der Frau von dem Mann geschenkten Dotalgrundstücke eine Ausnahme anzunehmen; unbekümmert dann um die Inconsequenz, sowohl jener Regel, als dieser Ausnahme, und unbekümmert zugleich um den Widerspruch des Marcellus, blos weil dieser seine Entscheidung der aufgeworfenen Frage nicht abgesondert für sich darstellt, sondern im Zusammenhang eines ganzen Rechtsfalls. — Welche Meynung nun man über das Schicksal der Feldfrüchte annehmen möge, so ist so viel gewiß, daß das Miethgeld eines unter Ehegatten verschenkten Hauses ganz dasselbe Schicksal theilen muß (h). — Weniger zweifelhaft als bey der Schenkung

(g) Für diese Gedankenverbindung sprechen die Worte „fructus quoque, *ut usuras*," in Note c.

(h) Nicht blos wegen der völlig gleichartigen Natur, sondern auch wegen *L.* 11 *de don.* (39. 5.) „*neque pensionum*, neque mercedum" (Note b). Pensio wird vorzugsweise für das Miethgeld von Gebäuden gebraucht, hier muß es um so mehr diesen Sinn haben, da das sonst allge-

in der Ehe, ist die Frage, wie die Früchte eines verschenkten Landgutes im Fall des Widerrufs aus besonderen Gründen, z. B. wegen Undankbarkeit, zu behandeln sind. Hier hat es wohl kein Bedenken, daß der Widerruf auf die gezogenen Früchte, eben so wie auf das Landgut selbst, bezogen werden muß.

Dieselben Fragen entstehen nun auch, wenn das Eigenthum einer Geldsumme verschenkt ist, wegen der künftigen Zinsen derselben. Bey der Insinuation versteht es sich wiederum von selbst, daß, wenn weniger als 500 Dukaten verschenkt werden, die Schenkung nicht deswegen als eine große gelten darf, weil die geschenkte Summe, durch Zurechnung künftiger Zinsen, 500 Dukaten übersteigen kann. Aber auch wenn 800 Dukaten ohne Insinuation verschenkt, die das gesetzliche Maaß übersteigenden 300 aber später zurückgefordert werden, fehlt es an einem Rechtsgrund, von dieser Summe Zinsen zu verlangen. — Wird unter Ehegatten baares Geld geschenkt und später zurückgefordert, so können keine Zinsen verlangt werden (i), was aus der oben entwickelten willkührlicheren Natur der Zinsen, in Vergleichung mit Hausmiethe und Feldfrüchten, consequenterweise folgt. Dennoch scheint diese Regel durch eine Ausnahme beschränkt werden zu müssen. Ist

meinere mercedum daneben steht. Es heißt also hier: Mieth- oder Pachtgeld.

(i) *L.* 7 § 3 *in f.*, *L.* 15 § 1, *L.* 16, *L.* 17 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). Diese unbedenkliche Regel hat nun eben, durch scheinbare Ähnlichkeit, die unpassende Regel für die Früchte der Grundstücke veranlaßt (Note g).

nämlich dem Manne eine Dos in baarem Geld gegeben, und schenkt er nachher der Frau eine Geldsumme, so liegt darin in der That eine, sey es totale oder partielle, Rückgabe der Dos, es mag nun so benannt seyn oder nicht; diese Rückgabe aber kann stets, als ungültige Schenkung, mit allen ihren Folgen angefochten und vernichtet werden (Note e), so daß in diesem Fall die Geldzinsen ganz die Natur anderer Früchte annehmen; denn die in Geld bestehende Dos wird stets zu dem Zweck des Zinsertrags gegeben, welcher Zweck aber durch die Schenkung des Mannes an die Frau unfehlbar vereitelt werden würde. — Endlich wenn geschenktes Geld aus besonderen Gründen, z. B. wegen Undankbarkeit, zurückgefordert wird, fehlt es an einem Rechtsgrund für die Entrichtung von Zinsen.

Die hier für die Schenkung erörterte Frage, ob bey geschenkten Grundstücken die Früchte, bey geschenktem Gelde die Zinsen, in der Veräußerung der Hauptsache mit begriffen sind, kommt auch bey einigen anderen Rechtsinstituten vor, deren Vergleichung nicht unbelehrend ist. So zuerst bey der Pauliana. Wenn der insolvente Schuldner unredliche Veräußerungen vornimmt, und der Empfänger an dieser Unredlichkeit Theil nimmt, so wird er auf's Strengste behandelt; er muß nicht nur die Früchte der erworbenen Grundstücke, sondern auch Zinsen der vor der Verfallzeit empfangenen Schuldzahlung herausgeben (k);

(k) *L.* 10 § 12 § 19—22 *quae in fraud.* (42. 8); im § 5 war ausdrücklich der Fall der Mitwissenschaft angegeben, unter wel-

Alles zur verdienten Strafe des Dolus. Ist er dagegen frey von Dolus, so soll er nicht einmal Früchte (wenn sie erst nach der Veräußerung entstanden sind) abgeben, weil diese noch nicht im Vermögen des Schuldners waren (l). — Wird einem Andern ein unverzinsliches Darlehen gegeben, um ihn zu einer ungerechten Klage gegen einen Dritten zu bestimmen (calumnia), so muß dieser unredliche Empfänger den vierfachen Werth des erlangten Zinsvortheils als Strafe zahlen (m).

§. 148.

V. Schenkung. — Begriff. 2. Veräußerung. (Fortsetzung.)

Fassen wir alle diese Fälle der zweyten Klasse, worin die Schenkung deswegen verneint wird, weil kein erworbenes Recht weggegeben, sondern nur ein Erwerb unterlassen wird (§ 145), unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zusammen. Am reinsten und unzweifelhaftesten erscheint diese abweisende Regel bey angefallenen Erbschaften oder Legaten, die wir zum Vortheil eines Andern ausschlagen (§ 145); denn ihre Entstehung ist völlig zufällig,

chem nun die folgende Reihe von §§. mit begriffen ist. *L.* 17 § 2 *eod.*

(l) *L.* 25 § 4. 5. 6 *quae in fraud.* (42. 8.) (von Venulejus). Hier liegt nun unverkennbar dieselbe Ansicht der Veräußerung der Früchte zum Grunde, welche Ulpian und Pomponius bey der Schenkung unter Ehegatten zum Grunde legen (Note c. d); und zwar wird diese Ansicht hier unbedingt angewendet, ohne Rücksicht auf die von Pomponius in *L.* 45 *de usuris* gemachte Unterscheidung.

(m) *L.* 2 *de calumniatoribus* (3. 6.).

Niemand kann auf solchen Erwerb rechnen, und es beruht auf unsrer reinen Willkühr, ob unser Vermögen auf diese Weise erst erweitert werden soll: der Gegenstand selbst führt auf eine solche Erweiterung gar nicht. Dagegen giebt es Vermögenstheile, die eine productive Natur an sich tragen, so daß sie gleichsam aus inwohnender Kraft dem Inhaber einen neuen Erwerb bereiten, ohne daß es dazu eines besonderen Entschlusses von seiner Seite bedarf, ja daß es vielmehr auf ungewöhnlicher Willkühr beruht, wenn ein solcher Erwerb unterbleiben soll; auch ist derselbe so wenig zufälliger Art, daß der Lebensunterhalt darauf regelmäßig gegründet zu werden pflegt. Dahin gehört der Miethertrag eines Hauses, der Frucht- oder Pachtertrag eines Landgutes (§ 146). Die regelmäßige Natur dieser Arten der Production führt es mit sich, daß durch sie auch Dasjenige, welches noch nicht zu unsrem Vermögen gehört, als Gegenstand wahrer Veräußerung, und somit auch wahrer Schenkung, betrachtet werden kann. Gleichsam in die Mitte zwischen diese beiderley Arten der Erwerbung fallen die Geldzinsen. Weit weniger zufällig und willkührlich als Erbschaften und Legate, haben sie doch auch nicht eine so regelmäßige und gleichförmige Natur wie der Fruchtertrag der Grundstücke. Daher werden sie gewöhnlich in das Verhältniß der Schenkung nicht mit hereingezogen, und wo es geschieht, da reicht der bloße Begriff der Veräußerung nicht aus, sondern es muß die aus den Umständen hervorgehende beson-

dere Absicht der Schenkung mit in die Beurtheilung hereingezogen werden (§ 146. 147).

Mit Unrecht aber würde man als Widerspruch gegen die ganze hier behandelte verneinende Regel folgenden Fall geltend machen. Wenn mir Einer Etwas zu tradiren bereit ist, entweder in Folge eines Kaufcontracts, oder auch weil er es mir schenken will, und ich ihn damit an einen Dritten verweise, um diesen zu beschenken, so gilt dieses in der That als wahre von mir ausgehende Schenkung (a). Allerdings nun habe ich, der Strenge nach, nicht ein erworbenes Recht abgetreten, sondern einen möglichen Erwerb zum Vortheil jenes Dritten unterlassen; dennoch hat dieser Fall mit den bisher behandelten keine wahre Ähnlichkeit. Es ist vielmehr hier blos eine, überall vorkommende, Erleichterung und Abkürzung des Geschäfts; es wird betrachtet, als wäre die Tradition in der That an mich geschehen, und darauf weiter von mir an den Dritten vorgenommen worden.

Es bleibt nun noch übrig, die dritte Klasse von Fällen darzustellen, worin die Schenkung wegen fehlender Veräußerung verneint werden muß (§ 145); wenn nämlich zwar der Eine Etwas aus seinem Vermögen zum Vortheil eines Andern weggiebt, dieser Andere aber ein außer dem Vermögen liegendes Recht dadurch erlangt.

Dahin gehört nach Römischem Recht die Freylassung

(a) *L.* 3 § 12. 13, *L.* 4, *L.* 56 *de don. int. vir.* (24. 1.).

des Sklaven. Durch diese gab der Herr in wohlwollender Absicht wahres Eigenthum auf, so daß also von seiner Seite Alles geschah, was zu einer Schenkung nöthig ist. Auch erhielt dadurch der Sklave die größte Wohlthat, die Ein Mensch dem andern erweisen konnte, die Freyheit; allein diese war kein Vermögensrecht (b), und es würde ganz irrig seyn, wenn man es so betrachten wollte, als hätte der Herr das Eigenthum, welches ihm an dem Sklaven zustand, auf diesen selbst übertragen. Dieses Eigenthum wurde vielmehr völlig vernichtet, und es wurde ein freyer Mensch, ein rechtsfähiges Wesen, neu creirt. Daher war denn sowohl die testamentarische Manumission, als die unter Lebenden, durchaus keine Schenkung, und Niemand dachte daran, die Lex Cincia oder späterhin die Insinuation darauf anzuwenden. Wenn sie dennoch nicht selten als donatio bezeichnet wird (c), so gehört dieses zu dem oben erklärten uneigentlichen Sprachgebrauch.

Die Emancipation der Kinder hat mit der Sklavenmanumission die Ähnlichkeit, daß das Kind gleichfalls ein außer dem Vermögen liegendes Recht (die Unabhängigkeit)

(b) *L.* 106 *de R. J.* (50. 17.). „Libertas inaestimabilis res est." Das ist nicht etwa der figürliche Ausdruck eines ungemein hohen Werthes, sondern es ist buchstäblich die Verneinung alles Geldwerthes; Geld und Freyheit sind incommensurabel. Ulpian. II. 11. „.. nec pretii computatio pro libertate fieri potest." Vgl. Gajus II. § 265, § 7 *J. qui et quib. ex causis* (1. 6.), *L.* 176 § 1 *de R. J* (50. 17.).

(c) Mehrere Stellen sind gesammelt bey Meyerfeld I. S. 48. 49.

erhält. Sie beruht aber von Seiten des Vaters gar nicht auf einem aufgegebenen Vermögensrecht, und hat daher mit der Schenkung noch weit weniger Ähnlichkeit als jene (d).

Noch unzweifelhafter ist es, daß der Beschluß des Römischen Volks, späterhin des Kaisers, wodurch einem Peregrinen die Civität ertheilt wurde, nicht als wahre Schenkung betrachtet werden konnte. Dennoch nennt dieses selbst Gajus ein donare (e). Ich bemerke Dieses, nicht um vor einer Verwechslung zu warnen, die in solchen Fällen ohnehin nicht zu befürchten ist, sondern um darauf aufmerksam zu machen, wie wenig ängstlich selbst die alten Juristen im Gebrauch jenes Ausdrucks sind.

§. 149.

V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung.

Als ein drittes Element wahrer Schenkung wurde oben (§ 145) die Bereicherung des Beschenkten angegeben, und es ist also nunmehr zu bestimmen, wie sich diese von der bloßen Veräußerung noch unterscheidet. Die Bereicherung besteht darin, daß das Vermögen des Beschenkten, dem letzten Erfolg nach, in seinem Totalwerth vermehrt werde.

Dreyerley Gründe können verhindern, daß der in der Veräußerung liegende Erwerb eines Vermögensrechts zugleich eine Bereicherung enthalte:

(d) Wenn dennoch in *L.* 6 § 3 *C. de bonis quae lib.* (6. 61.) gesagt wird „majores qui emancipationem *donant*," so gehört das zu dem oben bemerkten uneigentlichen Sprachgebrauch.

(e) Gajus I. § 94, III. § 20.

1) Das Rechtsgeschäft kann von der Art seyn, daß dadurch nicht der Umfang des Vermögens erweitert, sondern nur die Ausübung und Verfolgung vorhandener Rechte gesichert wird.

2) Der Gewinn kann aufgewogen seyn durch entgegenstehende Aufopferungen von Seiten des Erwerbers.

3) Die Anfangs vorhandene Bereicherung kann in der Folge wieder verschwinden.

Diese drey Gründe sind nunmehr einzeln zu betrachten.

Der erste Grund bestand in der Beschaffenheit derjenigen Rechtsgeschäfte, welche nicht den Umfang des Vermögens erweitern, sondern nur dessen Genuß sichern; bey ihnen ist von Anfang an das Daseyn einer Schenkung gänzlich ausgeschlossen, wenngleich der Eine aus wohlwollender Absicht handeln, der Andere wirklichen Vortheil aus der Handlung ziehen kann.

Wer eine Geldsumme, die er nur naturaliter schuldig ist, baar bezahlt oder expromittirt, schenkt dadurch nicht, obgleich er dem Gläubiger freywillig Dasjenige giebt, wozu er nicht durch Klage angehalten werden konnte; der Umfang des Vermögens ist dadurch nicht erweitert (a). Schon darin liegt ein entscheidender Grund, weshalb die Bestellung einer Dos von Seiten der Ehefrau keine Schen-

(a) *L.* 19 § 4 *de don.* (39. 5.). „Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit: *non erit donatio, sed debiti exsolutio.*" Über die naturalis obligatio in diesem Fall vgl. oben § 65. i. — In demselben Fall gilt auch, wenn die Zahlung aus Irrthum geschah, keine condictio indebiti. *L.* 64 *de cond. ind.* (12. 6.). „... naturale agnovit debitum."

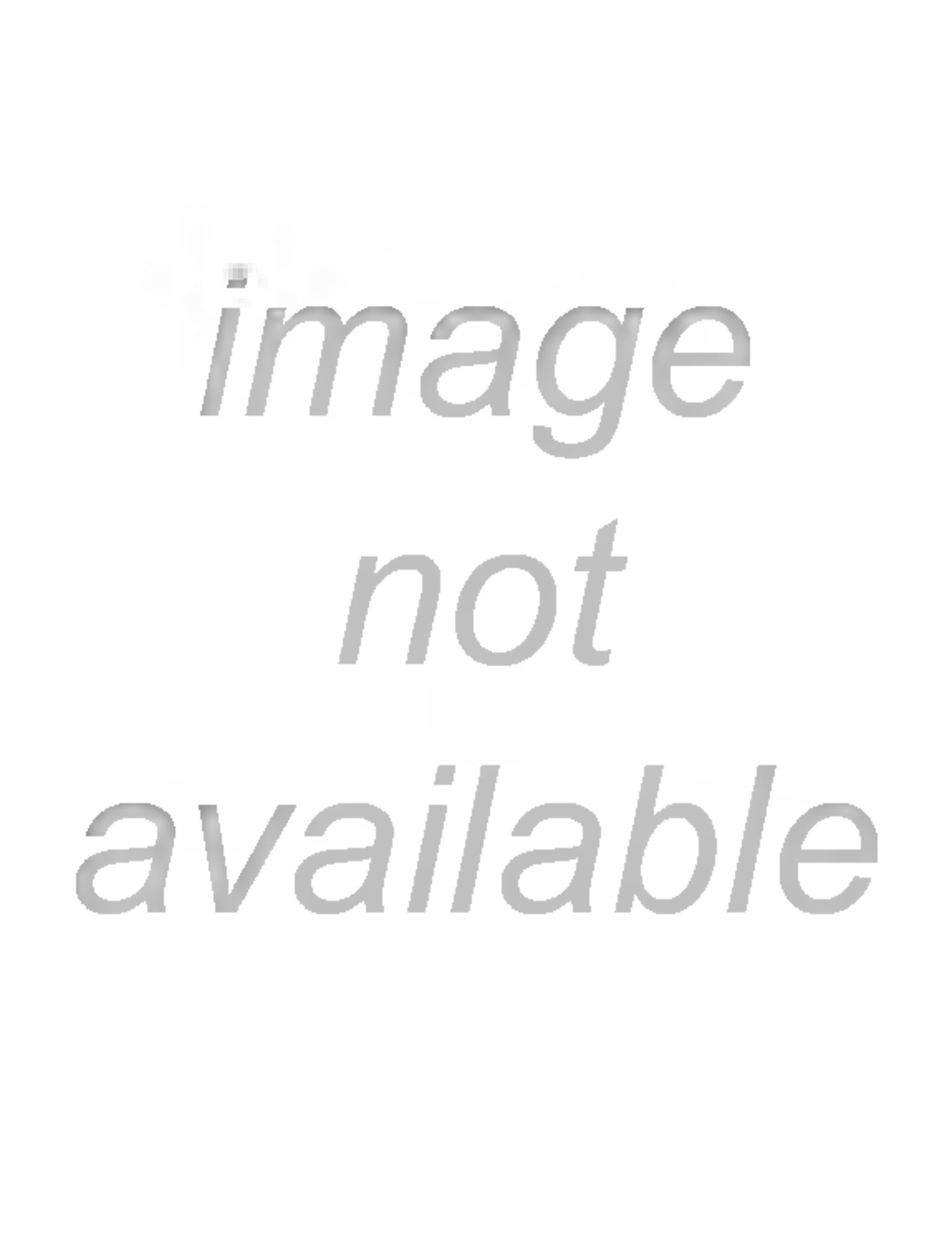


image
not
available

kung an den Glaubiger, selbst wenn der Schuldner insolvent ist; denn dem Glaubiger wird dadurch nur die Verfolgung des ohnehin vorhandenen Rechts gesichert (d).

Die Bestellung eines Pfandrechts für eine eigene Schuld ist keine Schenkung, selbst wenn der Schuldner insolvent ist, weil dadurch der Glaubiger nur sicherer Dasjenige bekommt, was er bereits zu fordern hat (e). — Eben so ist die Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld keine Schenkung an den Glaubiger; völlig wie die Übernahme einer Bürgschaft (f). — Auch der Erlaß eines Pfandrechts enthält keine Schenkung des Glaubigers an den Schuldner, da durch die Fortdauer der Schuld das Vermögen unvermindert bleibt (g). Deshalb ist dieser Erlaß

(d) *L.* 1 §19 *si quid in fraud.* (38. 5.). — Eine Schenkung an den Schuldner kann darin liegen, wenn es in der Absicht geschieht, das für ihn gezahlte Geld nicht mit der actio mandati oder negotiorum gestorum wieder zu fordern (§ 158. s).

(e) Die gegenwärtige oder künftig mögliche Insolvenz des Schuldners macht die Verpfändung eben so wenig zu einer Schenkung, als die baare Zahlung. — Die Pauliana kann in diesem Fall allerdings begründet seyn (*L.* 22 *L.* 6 § 6 *quae in fraud.* 42. 8.), da diese nicht nothwendig Bereicherung voraussetzt. § 145. d.

(f) *L.* 1 § 19 *si quid in fraud.* (38. 5.). — Eine Schenkung an den Schuldner kann die Verpfändung seyn, eben so wie die Bürgschaft (Note d).

(g) *L.* 1 § 1 *quib. modis pign.* (20. 6.). Die Stelle gieng ohne Zweifel auf die L. Cincia und ist interpolirt (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. IV. 44). Der Glaubiger hatte die Schuld durch Schenkung erlassen, also auch das Pfandrecht aufgegeben. Die Schenkung war durch die L. Cincia ungültig, das schadete dem Erlaß des Pfandrechts nicht: „... quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit, *cui non est in locus in pignore liberando;*" das heißt, der Pfanderlaß ist keine Schenkung. *L.* 8 § 5 *eod.* widerspricht diesem Satz nicht, sondern bestätigt ihn vielmehr, da sie das donare dem Erlaß eines Pfandes entgegensetzt, und nur

selbst unter Ehegatten völlig gültig (h).

Die Acceptilation einer, ohnehin durch Exception entkräfteten, Schuld ist keine Schenkung, weil sie nur den Rechtszustand formell bekräftigt, welcher schon vorher vorhanden war (§ 158. d).

Der zweyte mögliche Grund fehlender Bereicherung liegt in der gegenseitigen Aufopferung von Seiten des Erwerbers, welche den durch den Erwerb möglichen Gewinn aufhebt. In den Fällen dieser Art ist also stets die Rede von einer zusammengesetzten Handlung, deren Natur die lucrativa causa, als die Grundlage aller Schenkung, ausschließt (§ 143). Dieser Grund kann in folgenden verschiedenen Gestalten eintreten.

Die Gegenleistung kann ganz in die Vergangenheit fallen. So liegt in der Bezahlung einer Schuld meist schon deshalb keine Schenkung, weil der gegenwärtige Empfänger gewöhnlich schon früher Etwas hingegeben haben wird, wofür er jetzt nur die Vergütung empfängt.

das eine wie das andere dem Verwalter eines Peculium untersagt. — Die Pauliana kann auch durch den Erlaß eines Pfandes begründet seyn (vergl. Note e). *L.* 2 *L.* 18 *quae in fraud.* (42. 8.). — Auch wenn durch Legat ein Pfand erlassen wird, welches zulässig ist (*L.* 1 § 1 *de lib. leg.* 34. 3.), so liegt darin keine Bereicherung, weshalb kein Fideicommiß darauf gelegt werden kann. *L.* 3 § 4 *de leg.* 3 (32. un.).

(h) *L.* 18 *quae in fraud.* (42. 8.), *L.* 11 *C. ad Sc. Vell.* (4. 29.), *L.* 11 *quib. mod. pign.* (20. 6.). — Freylich auf das gesetzliche Pfandrecht für die Dotalforderung kann die Frau nicht verzichten. *L. un.* § 15 *C. de r. u. a.* 5. 13.). Das ist aber nicht eine Folge des Schenkungsverbots, sondern der ganz anderen Regel, daß an dem Dotalrecht nicht kann vertragsweise deterior fieri conditio mulieris.

Sie kann auch gleichzeitig seyn mit dem Erwerb. Dahin gehört der Kauf und der Tausch, wenn mit dem Vertrag sogleich die Erfüllung von beiden Seiten verbunden wird. Dahin gehört aber eben so der schon erwähnte Empfang einer Zahlung, weil der Empfänger stets (und ohne Rücksicht auf früheres Hingeben), gegen diesen Erwerb die Schuldforderung austauscht, die bisher ein Stück seines Vermögens war. Daher ist die Erfüllung eines gültigen Schenkungsversprechens durchaus keine Schenkung, sondern nur eine gewöhnliche Schuldzahlung. Ist also das Schenkungsversprechen einer großen Summe durch Insinuation rechtsgültig geworden, so bedarf die Auszahlung keiner neuen Insinuation. Ist ein Schenkungsversprechen vertragsweise vor der Ehe gegeben, so ist die während der Ehe geleistete Zahlung der versprochnen Summe eine gültige Handlung. — Hieraus erklärt sich denn auch noch vollständiger der schon oben (Note a) aufgestellte Satz, daß die Zahlung oder Expromission einer naturalis obligatio keine Schenkung ist. Denn gegen den Empfang dieser Zahlung wird die bisher bestehende naturalis obligatio ausgetauscht, die, ungeachtet des ihr mangelnden Klagerechts, dennoch ein reelles Vermögensstück ist, indem der rechtlich gesinnte Schuldner auch ohne richterlichen Zwang sie erfüllen wird, noch abgesehen von den indirecten Zwangsmitteln, die zufällig durch Compensation u. s. w. herbeygeführt werden können. Eben so consequent aber ist es auch, daß die wissentliche Zahlung eines inde-

bitum stets als Schenkung angesehen wird (i), indem das indebitum in der That kein Vermögensstück ist, sondern höchstens den täuschenden Schein eines solchen an sich trägt.

Endlich kann auch die Gegenleistung ganz in die Zukunft fallen. Dahin gehört der Empfang eines Darlehens, indem das jetzt erworbene Eigenthum des Geldes die Verpflichtung zu künftiger Rückzahlung mit sich führt.

Hat die Gegenleistung, verglichen mit dem gegenwärtigen Erwerb, gleichen oder höheren Geldwerth, so ist eine in diesem Erwerb liegende Schenkung ganz unmöglich. Hat sie einen geringeren Werth, so kann möglicherweise der Erwerb die Natur einer Schenkung annehmen. Ob er sie wirklich habe, das hängt dann von der Absicht des Gebers ab, und es entsteht daraus ein gemischtes Geschäft (negotium mixtum cum donatione), dessen eigenthümliche Beschaffenheit unten näher bestimmt werden wird.

Der dritte Grund endlich, das Daseyn der Bereicherung, folglich auch der Schenkung, zu verneinen, liegt darin, daß das ursprünglich erworbene Recht in der Folge wieder untergeht, und so die Anfangs vorhandene Bereicherung verschwindet. Dieser Fall unterscheidet sich von den vorhergehenden darin, daß in jenen niemals eine Schenkung vorhanden ist, anstatt daß in dem zuletzt erwähnten Fall meistens das Geschäft zunächst eine wahre Schenkung ist, nach einiger Zeit aber eine solche zu seyn aufhört. Dieser dritte Grund also, da wo er als wirksam anerkannt

(i) Vgl. Beylage VIII. Num. XXXVI. Note e.

werden muß, hat den Sinn, daß die Folgen der Schenkung späterhin aufhören, das heißt daß die anfänglich mögliche Rückforderung einer nach positiven Rechtsregeln ungültig geschenkten Sache wegfällt, sobald die Bereicherung verschwindet.

Dieser Grund nun, der schwierigste unter allen, ist von den Römern am sorgfältigsten und eigenthümlichsten ausgebildet worden in Beziehung auf die Schenkung unter Ehegatten. Daher soll hier diese Beziehung zuerst dargestellt werden; es wird dann nicht schwer seyn, die Anwendbarkeit ihrer Regeln auf die Insinuation, und auf den Widerruf aus besonderen Gründen, zu untersuchen.

Allein nicht jeder Untergang des durch Schenkung erworbenen Rechts ist dazu geeignet, die positiv vorgeschriebenen Wirkungen der Schenkung auszutilgen; vielmehr müssen dabey folgende Fälle wohl unterschieden werden. Der Untergang kann rein für sich eingetreten seyn, oder es kann sich das erworbene Recht nur in ein anderes verwandelt haben, welches also an die Stelle des untergegangnen Rechts getreten ist. — Der reine Untergang ferner kann hervorgegangen seyn: entweder aus dem mit der Schenkung selbst verbundenen Willen des Gebers: oder aus bloßem Zufall: oder aus der Willkühr des Empfängers. — Alle diese Fälle sollen jetzt der Reihe nach, und zwar zunächst blos in Beziehung auf die Schenkung unter Ehegatten, erwogen werden. Hier ist also der praktische Sinn der Untersuchung darin zu setzen, in wiefern

eine Rückforderung Statt finden könne, nachdem das schenkungsweise übertragene Recht für den beschenkten Ehegatten untergegangen ist.

§. 150.

V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung. (Fortsetzung.)

Hat der reine Untergang des geschenkten Rechts seinen Ursprung in dem Willen des Gebers, so kann Dieser auf keine Weise zu einer Rückforderung gegen den beschenkten Ehegatten berechtigt seyn. Dieses läßt sich so denken, daß der Empfänger gleich bey dem Empfang verpflichtet worden ist, die Sache an einen Dritten weiter zu geben. Hier kann höchstens in dem Fruchtgenuß der Zwischenzeit eine Schenkung liegen (§ 147), in Ansehung der Hauptsache verschwindet mit der Erfüllung jener Verpflichtung jede Spur einer Schenkung (a). Eben so ist es, wenn diese Übereinkunft erst späterhin getroffen, dann aber auch wirklich erfüllt wird (b). — Es kann aber ferner geschehen ohne eine dem Empfänger auferlegte Verpflichtung, blos durch die ausgesprochne Absicht des Gebers, daß die geschenkte Sache auf eine Weise verwendet werde, wodurch sie aus dem Vermögen des Empfängers verschwinden muß. So wenn ein Mann seiner Frau ein Grundstück schenkt zu dem Zweck, daß sie einen Todten

(a) *L* 49 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 5 § 9 *de j. dot.* (23. 3.). (b) *L.* 34 *de don. int. vir.* (24. 1.), Fragm. Vat. § 269.

darin beerdige, oder sonst es dem Verkehr entziehe. Diese Schenkung ist gültig, und um jede Umgehung des Schenkungsverbots zu verhüten, wird nur dabey bestimmt, daß der Übergang des Eigenthums so lange suspendirt bleibe, bis die Verwendung Statt gefunden hat (c). — Eben dahin gehörte die Veräußerung eines Sklaven zu dem Zweck, daß der Empfänger ihn manumittire. Dieses war im Allgemeinen nicht als Schenkung zu betrachten, und konnte nur dadurch theilweise Schenkung werden, daß gerade der Dienst des Sklaven, vom Erwerb an bis zur Freylassung, besonders berücksichtigt war (d). Unter Ehegatten war diese Handlung schlechthin gültig (e); das Eigenthum sollte erst übergehen im Augenblick der Manumission (f), und der Gebrauch, den ein Ehegatte von den Sklaven des andern machte, galt überhaupt nicht als Schenkung (§ 152). Allerdings erwarb der Empfänger das wichtige Patronatsrecht; allein dieses hatte keinen Geldwerth, kam auch

(c) *L.* 5 § 8—12 *de don. int. vir.* (24. 1.). Selbst wenn die beschenkte Frau außerdem mit eignem Geld zu diesem Zweck ein Grundstück gekauft hätte, das sie nun erspart, gilt dennoch das Geschäft nicht als Schenkung, obgleich sonst bey einem Wohnhause das ersparte Miethgeld eine Schenkung begründet. Wegen dieses scheinbaren Widerspruchs vergl. § 151. g.

(d) *L.* 18 § 1. 2 *de don.* (39. 5.). Vgl. Meyerfeld I. 413.

(e) Ulpian. VII. § 1, Paulus II. 23 § 2, *L.* 109 *pr. de leg.* 1 (30. un.), *L.* 22 *C. de don. int. vir.* (5. 16.). — Paulus ist hier, wie in manchen anderen Fällen, ohne Noth schwankend in der Angabe des Grundes: „.. donatio favore libertatis recepta est, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior." Offenbar ist der letzte Grund durchgreifend, dieser schließt aber den ersten ganz aus.

(f) *L.* 7 § 8. 9, *L.* 8, *L.* 9 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.).

nicht aus dem Vermögen des Gebers (g). Selbst wenn der Empfänger für die Freylassung sich Geld bezahlen oder Dienste versprechen ließ, war es dennoch keine Schenkung, weil auch diese Vortheile, obgleich sie einen Geldwerth hatten, dennoch nicht aus dem Vermögen des Gebers entsprangen (h). — In den Fällen der hier dargestellten Art ist also meist von Anfang an keine wahre Schenkung vorhanden, und selbst wo eine solche da war, ist dieselbe von der Zeit des Untergangs an verschwunden.

Entspringt der Untergang des geschenkten Rechts aus blos zufälligen Ursachen, z. B. Brand, Erdbeben, gewaltsamem Raub u. s. w., so fehlt es an jedem Rechtsgrund zu einer Nachforderung an den Beschenkten; die Schenkung ist hier, mit allen ihren denkbaren Folgen, spurlos verschwunden (i). Bis zum Augenblick des Untergangs aber war eine wahre Schenkung unzweifelhaft vorhanden. — Was hier von dem gänzlichen Untergang gesagt ist, muß eben so auch von dem partiellen gelten. Dahin gehört unter andern der Fall, wenn die geschenkte Sache aus allgemeineren Gründen im Preiße gesunken ist.

(g) *L.* 5 § 5 *de praescr. verbis* (19. 5.). „... An deducendum erit, quod libertum habeo? *Sed hoc non potest aestimari.*"

(h) *L.* 9 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 62 *sol. matr.* (24. 3.).

(i) *L.* 28 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „Si id, quod donatum sit, *perierit*, vel consumtum sit, ejus qui dedit est detrimentum: merito, *quia manet res ejus qui dedit*, *suamque rem perdit.*" Die Stelle enthält zwey ganz verschiedene Fälle: das perire und das consumi. Hierher gehört nur erst das perire, worauf allein auch der nachfolgende Grund paßt; von dem consumi wird sogleich weiter die Rede seyn (Note p).

Es bleibt noch übrig der dritte Fall, da das geschenkte Recht durch die willkührliche Handlung des Beschenkten untergeht; dieser ist unter allen der häufigste und zugleich der schwierigste. Fragen wir zuerst, wie derselbe nach allgemeineren Rechtsregeln behandelt werden müßte. — Der beschenkte Ehegatte ist wissentlich Besitzer einer fremden Sache, da er weiß, daß durch die ungültige Schenkung kein Eigenthum auf ihn übergehen konnte (k). Hat er also die geschenkte Sache wissentlich zerstört, das geschenkte Geld weiter verschenkt oder verspielt, so muß gegen ihn eine condictio sine causa oder ex injusta causa auf den Werth gelten (l), gerade so wie auf die vorhandene Sache die gewöhnliche Vindication geht. Es ist dabey zu bemerken, daß die Condictionen überhaupt, nach ihrer allgemeinen Natur, wenn die Sache untergeht, nur im Fall des Dolus, nicht auch der Culpa, angestellt werden können (m), so daß also der beschenkte Ehegatte mit

(k) *L.* 19 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „... hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est: *virum autem scientem alienum possidere.*" Hierin ist er also einem unredlichen Besitzer ähnlich; dennoch kann man ihn nicht eigentlich als solchen bezeichnen, da er mit dem Willen des Eigenthümers besitzt, wodurch das Daseyn der Rechtsverletzung ausgeschlossen wird.

(l) *L.* 6 *de don. int. vir.* (24. 1.). Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet."

(m) *L.* 65 § 8 *de cond. ind.* (12. 6.). „Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, *si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus,* si nesciens, non teneberis .." *L.* 26 § 12 *eod.* „... ut puta .. dedi .. hominem indebitum, et hunc *sine fraude modico distraxisti:* nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes;" also für die Nachlässigkeit im wohl-

der Condiction nicht belangt werden könnte, wenn er sich das geschenkte Geld hätte stehlen lassen, weil dieser Verlust durch bloße Culpa herbeygeführt wäre. Mit dieser Condiction konnten, nach Umständen, noch folgende Klagen concurriren. Zuerst, bey wissentlicher Zerstörung, oder bey der (stets absichtlichen) Veräußerung, die actio ad exhibendum oder rei vindicatio, als gegen einen solchen, qui dolo fecit, quo minus exhiberet, oder quo minus possideret. Ferner die actio L. Aquiliae, wenn die ursprünglich geschenkte Sache (die noch in des Gebers Eigenthum war) zerstört oder beschädigt wurde; nun aber nicht blos wegen Dolus, sondern auch wegen Culpa. — So nach strengen Grundsätzen, gegen deren Anwendung aber doch folgendes Bedenken erhoben werden konnte. So lange der Geber die Schenkung nicht widerrufen hatte, besaß der Empfänger mit dessen Willen; zerstörte oder veräußerte er die Sache, so geschah dieses also mit dem Willen des Eigenthümers, wenigstens konnte Dieses ohne Unwahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden, und dadurch war vor Allem der Dolus, dann aber auch die Anwendbarkeit aller hier angegebenen Klagen, völlig ausgeschlossen. Daß dieser Zweifel bey den Römern nicht unbeachtet blieb, wird weiter unten gezeigt werden (Note u).

feilen Verkauf kann mit der Condiction kein Ersatz gefordert werden. — Anders in *L.* 65 § 6 *eod.* „si consumsit frumentum, pretium repetet," also hier unbedingt, ohne Rücksicht auf Dolus, weil er um den Werth der verzehrten Brotfrucht, die er sonst kaufen mußte, noch jetzt reicher ist (§ 151. g).

Eine andere Gestalt gewann die Sache durch den Senatsschluß vom J. 206, welcher, bey fortdauernder Ehe, die Anfechtung der Schenkung zu einem persönlichen Recht des Gebers machte, das nicht von dem Erben ausgeübt werden dürfe; so daß die bis zum Tod des Gebers nicht widerrufene Schenkung unanfechtbar seyn sollte (n). Dieser Senatsschluß erwähnte auch ausdrücklich den Fall der Consumtion (o); ohne Zweifel in dem Sinn, daß durch die Consumtion der geschenkten Sache jeder Anspruch gegen den Empfänger, auch von Seiten des Gebers selbst, aufhören solle. Ein solcher Zusatz war sehr consequent; denn indem dem Erben die Rückforderung versagt wurde, gewann die Entschuldigung des consumirenden Empfängers, daß er nicht in unredlicher Absicht, um der künftigen Rückforderung zu entgehen, das Geschenk zerstört oder veräußert habe, weit größeres Gewicht. — Das praktische Resultat wenigstens liegt am Tage. Die Juristen, welche nach jener neuen Gesetzgebung schrieben, stellten

(n) *L.* 32 *pr.* §. 1. 2 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(o) *L.* 32 § 9 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Quod ait oratio, *consumpsisse*, sic accipere debemus, ne is qui donationem accepit, locupletior factus sit: ceterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit." Das heißt: Wenn der Empfänger das geschenkte Geld verschwendet, also weggiebt ohne Etwas dafür zu bekommen, so ist das eine consumtio im Sinn der oratio (des Senatusconsults), wobey es der Bestätigung durch des Gebers Tod gar nicht einmal bedarf; giebt er es weg, indem er Etwas dafür erwirbt, so wird das erworbene Gut als geschenkt behandelt, so daß nun dieses zurück gefordert werden kann, jedoch so daß die Rückforderung durch des Gebers Tod aufhört (orationis beneficium).

nunmehr folgende Lehre auf. „Es gehört zwar schon zum Begriff wahrer donatio, daß der Empfänger dadurch muß locupletior geworden seyn; zwischen Ehegatten aber hat das jetzt die fernere Bedeutung, daß er auch locupletior geblieben seyn muß, und zwar noch zur Zeit der Litiscontestation in der Vindication oder Condiction, womit das Geschenk zurückgefordert werden soll. Ist also das Geschenk schon vor diesem Zeitpunkt zerstört oder verschwendet, so fällt jede Klage hinweg" (p). Dieser Grundsatz wird nun namentlich angewendet auf die Fälle, da das geschenkte Geld weiter verschenkt wird (q), oder ausgeliehen an einen insolventen Schuldner (r). Es war dieses das neuere, mildere, aus dem Senatusconsult hervorgehende Recht (s). Ohne Zweifel hatten die früheren Juristen strengere Grundsätze über die Anwendung der Condiction vorgetragen, und es war ganz consequent, daß die Compilatoren solche Stellen nicht in die Digesten aufnahmen. Auf die Natur der Klage aber konnte es dabey nicht

(p) *L.* 28 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.) „vel consumtum sit" (Note i), *L.* 32 § 9 *eod.* (Note o), *L.* 5 § 18 *L.* 7 *pr. eod.* (Alle diese Stellen sind von Ulpian oder Paulus). Eben so *L.* 8. 17 *C. eod.* (5. 16.).

(q) *L.* 5 § 17 *de don. int. vir.* (24. 1.). „.. si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit ..." Es soll Nichts ändern, selbst wenn, ohne das erste Geschenk, der Empfänger ein Darlehen aufgenommen hätte, um das zweyte Geschenk zu machen, so daß er eine Ausgabe aus eigenem Vermögen erspart hat; denn auch dieses war doch völlig willkührlich. Vgl. § 151. g.

(r) *L.* 16 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(s) *L.* 32 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „.. Imp. noster Antoninus ... auctor fuit Senatui censendi ... *ut aliquid laxaret ex juris rigore.*"

ankommen, da es auf die Milderung des Rechtsverhältnisses selbst abgesehen war; daher mußte die actio ad exhibendum und Legis Aquiliae, die in den oben angegebenen Fällen mit der Condiction concurriren, ja selbst weiter als diese gehen konnten, eben so wie die Condiction, durch jede consumtio ausgeschlossen werden. Dennoch haben sich in den Digesten einige Stellen älterer Juristen erhalten, worin der strenge Grundsatz früherer Zeit sichtbar ist. Wenn der Ehegatte das geschenkte Geld ausgiebt, so giebt Pomponius gegen ihn die actio ad exhibendum wegen des dolus quo minus possideret (t). Hat der Ehegatte die geschenkte Sache absichtlich zerstört, so giebt gegen ihn Julian die actio ad exhibendum und die actio Legis Aquiliae (u). Aus den hier entwickelten Grün-

(t) *L.* 14 *ad exhib.* (10. 4.). „Si vir numos ab uxore sibi donatos sciens suos factos non esse pro re emta dederit, dolo malo fecit quo minus possideat: et ideo ad exhibendum actione tenetur." Auf die gekaufte Sache geht auch jetzt noch die Condiction, denn um diese ist der Beschenkte reicher. Pomponius setzt also einen Fall voraus, worin der Geber auf das Geld zu klagen vorzieht, weil die Sache zu theuer bezahlt war. Nach demselben Grundsatz mußte die Klage gelten, auch wenn das Geld verspielt oder weggeschenkt war. — Die Worte sciens suos factos non esse haben nicht einen beschränkenden Sinn, als ob er auch ignorans seyn könne, was unmöglich ist; sondern sie enthalten den Grund, warum die Entscheidung immer so ausfallen müsse.

(u) *L.* 37 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Si mulier dolo fecerit, ne res exstaret sibi a marito donata: vel ad exhibendum, vel damni injuriarum cum ea agi poterit; *maxime si post divortium id commiserit.*" Julian erfordert den Dolus, weil nur unter dessen Voraussetzung beide hier genannte Klagen zugleich begründet sind; die actio L. Aquiliae allein hätte er gewiß auch im Fall der bloßen Culpa zugelassen, z. B. wenn

den kann die Aufnahme dieser beiden älteren Stellen nur als ein Versehen betrachtet werden, da sie mit dem Senatusconsult in offenbarem Widerspruch stehen. Dieser Widerspruch wurde wohl deshalb übersehen, weil jene Stellen nicht die Condiction erwähnen, die hier die häufigste Klage ist, sondern andere, in dieser Anwendung seltner vorkommende Klagen.

Es läßt sich leicht zeigen, was in diesen, über den reinen Untergang des geschenkten Rechts gegebenen, Bestimmungen der allgemeinen Natur der Schenkung überhaupt, was dem besonderen Verhältniß der Ehegatten angehört. Daß der Untergang durch den Willen des Gebers, eben so der ganz zufällige Untergang, alle Folgen der Schenkung austilgt, geht aus der allgemeinen Natur der Schenkung hervor. Daß aber auch die freywillige Veräußerung oder Zerstörung von Seiten des Beschenkten einen gleichen Einfluß ausübt, ist erst durch die positive Vorschrift des Senatusconsults bewirkt worden. Nicht als ob diese Vorschrift eine völlig willkührliche wäre; sie hat einen Anhalt in der billigen Rücksicht auf die Eigen-

die Frau dem geschenkten Sklaven einen lebensgefährlichen Auftrag gab, und dieser dabey umkam. — Besonders merkwürdig sind die Schlußworte, die deutlich zeigen, daß auch schon die älteren Juristen den im Text bemerkten Zweifel beachteten, ob nicht der Wille des Eigenthümers (des schenkenden Ehegatten) jede Klage, ja selbst das Daseyn eines wahren Dolus, ausschließe. Darum sagt er: ganz unzweifelhaft ist dieses nach der Scheidung (*maxime* post divortium), weil nun die Berufung des Beschenkten auf den fortdauernden freundlichen Willen des Gebers durch die Thatsache der Scheidung entkräftet ist.

thümlichkeit dieses Verhältnisses, die jedoch ohne positives Gesetz schwerlich zu sicherer und allgemeiner Anerkennung gekommen wäre, obgleich sie auch schon von früheren Juristen nicht ganz unbeachtet geblieben war (Note u).

§. 151.

V. Schenkung. — Begriff. 3. Bereicherung. (Fortsetzung.)

Es bleibt nun noch übrig von demjenigen Untergang des geschenkten Rechts zu sprechen, welcher mit dem Erwerb eines neuen Rechts verbunden ist, so daß er in bloßer Verwandlung eines Rechts in ein anderes besteht (§ 149). In diesem Fall dauert in der That die Bereicherung fort (a), und die Eigenschaft der Schenkung, nebst allen dafür bisher aufgestellten Regeln, geht auf das neu erworbene Recht über. Folgende Anwendungen werden diesen Satz theils erläutern, theils bestätigen.

Verwendet der Ehegatte das geschenkte Geld zur Bezahlung einer Schuld, so ist die fortdauernde, ja unzerstörliche Bereicherung unzweifelhaft, da jede Schuldenzahlung das Vermögen des Schuldners um den Betrag der Schuld nothwendig vermehrt (b).

Giebt er das Geld als Darlehen aus, so bleibt er reicher durch die neu erworbene Forderung; dieser neue Inhalt der Schenkung kann aber verschwinden durch In-

(a) *L.* 32 § 9 *de don. int. vir.* (24. 1.); vgl. § 150 Note o.

(b) *L.* 7 § 7 *L.* 50 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.).

solvenz des Schuldners, da denn der Beschenkte Nichts mehr zurück zu geben hat. Ein solches Ereigniß steht gleich dem zufälligen (höchstens dem culposen) Untergang der ursprünglich geschenkten Sache.

Wenn der Ehegatte die geschenkte Sache verkauft, so tritt der Kaufpreis an die Stelle des ursprünglichen Geschenks; eben so, wenn er das geschenkte Geld zum Ankauf einer Sache verwendet, dauert in dieser Sache eine Bereicherung fort. Die genaueren Bestimmungen dieses letzten Falles, die jetzt angegeben werden sollen, lassen sich leicht und sicher auch auf den ersten Fall anwenden. — Sind also 200 in Geld geschenkt, wofür eine Sache im Werth von 300 gekauft wurde, so können nur 200 als Geschenk zurückgefordert werden, denn nur diese sind aus dem Vermögen des Gebers entsprungen, das dritte Hundert ist die Frucht einer gelungnen Speculation. — Sind 300 geschenkt, und ist die dafür gekaufte Sache nur 200 werth, so können nur 200 als Schenkung abgefordert werden, denn das dritte Hundert ist in einer partiellen Verschwendung des geschenkten Geldes untergegangen, die von aller Rückgabe befreyt (c).

Geht nun wiederum die gekaufte Sache unter, so sind auch darauf die im § 150 aufgestellten Grundsätze anzuwenden. Es fällt nämlich jede Rückgabe weg, der Untergang mag durch Zufall oder durch den Willen des Be-

(c) *L.* 7 § 3 *L.* 28 § 3. 4 *de don int. vir.* (24. 1.), *L.* 9 *C. eod.* (5. 16.).

schenkten herbeygeführt seyn (d). Dasselbe soll gelten, wenn die eingekaufte Sache wieder verkauft, und dafür eine andere gekauft worden ist; hier hatten einige Juristen geglaubt, nach diesem wiederholten Umtausch schütze selbst der zufällige Untergang nicht mehr gegen die Rückgabe, welche Meynung jedoch verworfen wurde (e). Darin lag wiederum eine Begünstigung der Schenkung in der Ehe, obgleich nicht aus dem oben angeführten Senatsschluß hervorgegangen; denn in anderen Rechtsverhältnissen wird angenommen, daß schon durch den ersten Ankauf die Bereicherung für immer entschieden ist, und selbst durch den zufälligen Untergang der gekauften Sache nicht wieder aufgehoben werden kann (f).

In Einem Fall jedoch wird durch den Untergang der

(d) *L.* 28 § 3 *de don. int. vir.* (24. 1.) „quemadmodum, si mortuus est, nihil peteretur." *L.* 50 § 1 *eod.* Diese letzte Stelle ist von Javolenus, also älter als das Senatusconsult; auch spricht sie nicht von consumtio, sondern von zufälligem Untergang. Daß aber seit dem Senatusconsult auch die consumtio der gekauften Sache gegen Rückgabe schützt, eben so wie die des ursprünglichen Geschenks, kann nicht bezweifelt werden.

(e) *L.* 29 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.) von Pomponius. Diese Begünstigung kann also, wegen des Zeitalters des Pomponius, nicht für eine Folge des Senatusconsults gehalten werden; sie beruht aber auf ähnlichen Ansichten wie dieses.

(f) Die actio quod metus causa geht gegen den Erben des Gewaltthätigen nur in id quod pervenit. Hat aber dieser die gewaltsam erlangte Sache einmal in Besitz bekommen, so befreyt ihn seine consumtio nicht (*L.* 17 *quod metus* 4. 2); der zufällige Untergang befreyt ihn zwar, jedoch nur wenn er die ursprünglich erlangte Sache betraf, nicht die dafür eingetauschte (*L.* 18 *eod.*). Dasselbe gilt bey dem redlichen Besitzer einer Erbschaft, welcher auch nur für die Bereicherung haftet, und zwar in dem eben bestimmten Sinn. *L.* 18 *cit.* — Vgl. Meyerfeld I. S. 11.

gekauften Sache die Bereicherung nicht aufgehoben; wenn nämlich eine so unentbehrliche Sache gekauft worden ist, daß der Käufer, in Ermanglung des geschenkten Geldes, eigenes Geld hätte aufwenden müssen, welches er also nun erspart hat (g).

Die Anwendung aller hier aufgestellten Regeln setzt voraus, daß die geschenkte Sache mit der untergegangnen oder durch Umtausch verwandelten identisch sey. Diese

(g) *L.* 47 § 1 *de solut.* (46. 3.). Hier ist zwar vom Pupillen die Rede, der eine Geldzahlung empfangen und zu einem Kauf verwendet hat, welches nur gültig seyn soll, insofern er dadurch locupletior ist; aber eben der Begriff des locupletior ist hier und dort genau derselbe, weshalb die Stelle auch auf die Schenkung anwendbar ist. Für den Begriff der necessaria res sind zu vergleichen *L.* 6 *de alimentis* (34. 1.) „cibaria et vestitus et habitatio .. quia sine his ali corpus non potest," und *L.* 65 § 6 *de cond. ind.* (12. 6.) „.. si consumsit frumentum, pretium repetet," und zwar ohne Rücksicht auf den sonst nöthigen Dolus (*L.* 65 § 8 *eod.*, vgl. oben § 150. m), weil die Brotfrucht unentbehrlich ist. Den Gegensatz bilden die opsonia und unguenta in *L.* 31 § 9 *de don. int. vir.* (24. 1.), Luxusgegenstände, die aber auch deshalb bey der Frau nicht als Bereicherung gelten, weil der Mann für ihren persönlichen Unterhalt überhaupt zu sorgen hat, ohne Rücksicht auf strenges Bedürfniß oder Luxus. Bey den cibaria familiae et jumentorum wird unterschieden: gehören diese zum gemeinsamen Hauswesen, so hat sie der Mann zu erhalten, und das darauf verwendete Geldgeschenk an die Frau macht diese nicht reicher; anders wenn die Sklaven oder Thiere zu einem Landgut oder Handelsgeschäft der Frau gehören *L.* 31 § 9. 10; *L.* 58 § 1 *eod.* — Auf den ersten Blick scheint es inconsequent, daß in manchen Fällen die ersparte Ausgabe als fortdauernde Bereicherung gilt, in anderen nicht; in der That aber liegt überall folgender Gedanke zum Grunde. Wo die Ausgabe durchaus nothwendig ist, wie bey der Wohnung und den unentbehrlichsten Lebensmitteln, da gilt die Ersparung derselben als Bereicherung; anders wenn die Ausgabe willkührlich ist, und daher auch ganz unterbleiben könnte, wie bey der Errichtung eines Grabmals und bey den für einen Verwandten bezahlten sportulae. Vgl. § 146. b, § 150. c. q.

Identität läßt sich bey einer individuell bestimmten Sache (Haus, Pferd, Kunstwerk) leicht ermitteln; schwieriger bey einer generischen Sache, namentlich bey dem baaren Geld. Sind die geschenkten Geldstücke selbst gestohlen oder verschwendet worden, so hat die Identität keinen Zweifel; dieses wird aber gewöhnlich nur zu ermitteln seyn, wenn der Verlust bald nach der Schenkung Statt gefunden hat (h). Außerdem wird die Identität besonders begründet werden müssen; so z. B. wenn der Mann seiner Frau Geld schenkt, um dafür Salben zu kaufen, sie aber mit diesem Geld Schulden bezahlt, und dagegen bald nachher für eine gleiche Summe von ihrem eignen Geld Salben kauft, so gilt sie dennoch nicht als reicher, weil die Absicht des Mannes, verglichen mit dem letzten Erfolg, jene Identität begründet (i). Allein wenn die Frau das zu unbestimmten Zwecken geschenkte Geld in ihre eigene Kasse nimmt, und später einmal eine gleich große Summe verschenkt oder verschwendet, so ist das so verlorene Geld mit dem geschenkten nicht identisch; dieses hat vielmehr, durch Vermischung mit dem eigenen Gelde der Frau, eine bleibende Vermehrung ihres Vermögens bewirkt, und der Mann kann es stets zurück fordern.

Bisher wurden die Folgen des untergegangnen Geschenks

(h) Solche Fälle werden öfter in unsren Rechtsquellen vorausgesetzt, z. B. in *L.* 5 § 17 *L.* 7 § 3 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(i) *L.* 7 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.).

blos in Beziehung auf die Schenkung in der Ehe betrachtet, weil nur davon in unsren Rechtsquellen unmittelbar die Rede ist; nunmehr ist die Anwendbarkeit dieser Folgen auf die Insinuation und auf den Widerruf aus besonderen Gründen (z. B. Undankbarkeit) zu untersuchen.

Ist der Untergang des Geschenks herbeygeführt durch den eigenen Willen des Gebers, oder auch durch Zufall, so kann wegen des Untergegangnen kein Ersatz gefordert werden. Sind also 800 Dukaten ohne Insinuation geschenkt, dem Beschenkten aber auf der Reise von Räubern weggenommen worden, so braucht er Nichts zurückzugeben.

Bey der Consumtion muß unterschieden werden. Sind 800 Dukaten in Geld, ohne Insinuation, geschenkt, und hat der Beschenkte diese weiter verschenkt oder verschwendet, so könnte nach strengen Grundsätzen der Geber von ihm 300 wieder fordern, und er hätte dazu die Wahl zwischen einer Condiction, der actio ad exhibendum, und der Vindication; denn der Beschenkte war unredlicher Besitzer einer fremden Sache (der 300 Dukaten), und ist also noch jetzt ein fingirter Besitzer (k). Ist ohne Insinuation ein Haus, im Werth von 2000 Dukaten, geschenkt, und hat der Beschenkte durch Unvorsichtigkeit eine Feuersbrunst veranlaßt, so daß nur noch eine Brandstätte, 200 Dukaten werth, übrig ist, so müßte nach derselben Strenge der Geber 1500 Dukaten mit der actio Legis Aquiliae

(k) Vgl. oben § 150 Noten l. m. t. u.

von ihm fordern können (l). In diesen Fällen schützte den Beschenkten, bey der auf die Ehe gegründeten Ungültigkeit, die Vorschrift des Senatusconsults, welches allerdings nur für die Ehe, nicht für die Insinuation erlassen war (§ 150). Dennoch glaube ich, daß dieser billige Schutz auch auf die Insinuation angewendet werden muß. Zunächst deswegen, weil im Justinianischen Recht der Begriff der Schenkung, in Beziehung auf das Verbot der Ehe, höchst ausgebildet erscheint, in Beziehung auf die Insinuation gar nicht; ohne Zweifel in der stillschweigenden Voraussetzung, jener Begriff, mit seiner ganzen wissenschaftlichen Ausbildung, werde auch auf die Insinuation angewendet werden. Dazu kommt aber noch die wichtige Rücksicht, welche von jenem Senatusconsult unabhängig ist, ja demselben eigentlich zum Grunde liegen mag; daß nämlich, bis zum Widerruf, die Verschwendung des Empfängers durch den fortdauernden Willen des Gebers gerechtfertigt ist, wodurch der Dolus des Verschwenders, also auch die Condiction, ausgeschlossen wird (§ 150). Dieser innere Grund aber paßt auf die versäumte Insinuation völlig eben so, wie auf das Verbot in der Ehe.

Noch gewisser muß dieser billige Schutz dem Beschenk-

(l) Vergl. § 150. u. — Durch die Schenkung nämlich war ein getheiltes Eigenthum entstanden, Drey Viertheile blieben im Vermögen des Gebers. Aber auch die Zerstörung einer gemeinschaftlichen Sache begründet die actio L. Aquiliae in Ansehung des fremden Antheils. *L.* 19. 20 *ad. L. Aquil.* (9. 2.).

ten, welcher das Geschenk verschwendet hat, zu gut kommen gegen den Widerruf wegen Undankbarkeit. Vor der undankbaren Handlung war der Beschenkte nicht nur redlicher Besitzer, sondern auch Eigenthümer des Geschenks; was er also in dieser Zeit weggegeben oder zerstört hat, konnte ihn zu keinem Ersatz verpflichten. Hat er das Geschenk nach der begangnen Undankbarkeit weggegeben, so muß diese Handlung als unredlich gelten, und die Condiction auf den Werth ist gegen ihn begründet; die übrigen Klagen sind es nicht, weil diese fremdes Eigenthum voraussetzen, welches auch nach der Undankbarkeit nicht vorhanden ist.

Ist das Geschenk durch Umtausch verwandelt, so muß der Beschenkte im Fall der versäumten Insinuation Dasjenige herausgeben, was er von dem ungültigen Theil des Geschenks als Bereicherung übrig hat; nicht auch was durch seine willkührliche Handlung verloren gegangen ist. Hat er also das Haus, welches 2000 Dukaten werth ist, um 1000 verkauft, so braucht er nur 500 zurückzugeben, weil die in dem ursprünglichen Geschenk enthaltenen anderen 1000 in seinem Vermögen als Bereicherung nicht mehr vorhanden sind. — Eben so muß der Undankbare die vorhandene Bereicherung herausgeben, er mag den Umtausch vor oder nach der Undankbarkeit vorgenommen haben (m); was er durch nachtheiligen Verkauf verlor,

(m) Einigen Zweifel könnte erregen *L.* 7 *C. de revoc. don.* (8. 55.), welche sagt, wenn der Beschenkte vor der erhobenen Klage

nur wenn dieses nach der Undankbarkeit geschah, weil er erst damals in unredlichem Bewußtseyn handelte.

Wenn bey der Insinuation und bey der Undankbarkeit im Fall des Umtausches die Frage entsteht, ob überhaupt eine Bereicherung übrig ist, so ist, nach dem schon aufgestellten Gesichtspunkt, die besondere Begünstigung, die in dieser Hinsicht bey dem beschenkten Ehegatten eintritt, gleichfalls anzuwenden (Note f), weil auch diese mit zu der wissenschaftlichen Ausbildung des Begriffs wahrer Schenkung gehört.

§. 152.

V. Schenkung. — Begriff. 4. Absichtliche Bereicherung.

Die Veräußerung, und die durch dieselbe bewirkte Bereicherung, sind für sich allein zur Annahme einer Schenkung nicht hinreichend; es muß noch hinzukommen die auf die Bereicherung gerichtete Absicht, und darin liegt das letzte Moment des ganzen Begriffs der Schenkung. Diese Absicht ist es, was die Römer durch die Ausdrücke donandi oder donationis causa, donandi animo u. s. w. be-

verschenke oder verkaufe, so solle nun keine Rückforderung gelten; man könnte das nämlich auf den eingenommenen Kaufpreis beziehen wollen. Es geht aber offenbar blos auf den die Sache selbst betreffenden Anspruch gegen den dritten Erwerber; das folgt theils aus der Zusammenstellung mit der Schenkung, theils aus dem angegebenen Zeitpunkt (der Klage, nicht der Undankbarkeit selbst). Durch die Klage wurde die Sache litigiosa, also unveräußerlich. Von der Rückzahlung des Kaufpreißes sollte dadurch der Beschenkte in keinem Fall befreyt werden.

zeichnen. Sie ist unerläßlich in der Person des Gebers; sie wird auch fast immer vorhanden seyn in der Person des Empfängers: daß sie jedoch hier nicht durchaus nothwendig ist, kann erst weiter unten gezeigt werden (§ 160).

Die Bedeutung dieses letzten Erfordernisses liegt also darin, daß alle bisher dargestellte Bestandtheile des Begriffs der Schenkung vorhanden seyn können, ohne daß sie selbst angenommen werden darf, blos weil es an jener Absicht fehlt. Um dieses zur vollständigen Anschauung zu bringen ist es nöthig, die Fälle zusammen zu stellen, worin zwar die Bereicherung selbst vorhanden ist, die Absicht aber dennoch fehlt. Dieses läßt sich denken auf zweyerley Weise: Erstlich wenn selbst das Bewußtseyn der Veräußerung oder der Bereicherung fehlt; Zweytens, wenn, bey vorhandenem Bewußtseyn, eine andere Absicht vorhanden ist, wodurch die der Bereicherung ausgeschlossen wird.

Das Bewußtseyn kann fehlen selbst für die Veräußerung. Dieser Fall tritt ein fast bey jeder Usucapion oder Klagverjährung. Der Eine wird ärmer, der Andere reicher, ohne es zu wissen; dann kann auch Jener nicht die Absicht haben, den Gegner zu bereichern, und daher ist diese Veränderung im Vermögen keine Schenkung. Daß es hierin zuweilen auch anders seyn kann, wird unten gezeigt werden (§ 155).

Häufiger geschieht es, daß zwar die Veräußerung zum Bewußtseyn kommt, aber nicht die Bereicherung. Wenn

Derjenige, welcher ein Recht überträgt, dazu verpflichtet zu seyn irrigerweise glaubt, so weiß er nicht, daß der Andere jetzt reicher wird. Hier wird in der Regel die condictio indebiti begründet seyn, eine Schenkung ist es nur, wenn Einer wissentlich zahlt, was er nicht schuldig ist (§ 149). — Wenn Jemand eine Sache zu theuer kauft, oder zu wohlfeil verkauft, weil er den wahren Werth nicht kennt, so wird ohne sein Wissen, also auch ohne seine Absicht, der Andere reicher, und daher ist es keine Schenkung. Ob der Andere gleichfalls irrt, oder den wahren Werth kennt, ist dabey gleichgültig (a).

Der zweyte Hauptfall besteht darin, daß Einer wissentlich ärmer wird und den Andern bereichert, aber mit einer bestimmten Absicht, wodurch die auf die Bereicherung des Andern gerichtete Absicht nothwendig ausgeschlossen wird. Dieses Ausschließen ist jedoch nicht so zu denken, daß beide Absichten mit einander im Widerspruch stehen müßten; in den meisten Fällen wird vielmehr die wirklich vorhandene Absicht nur so vorherrschend seyn,

(a) Anders ist es, wenn z. B. Einer ein Haus, das 3000 werth ist, wissentlich mit 5000 bezahlt, um dem Verkäufer den reinen Gewinn von 2000 zuzuwenden. Dieses ist wahre Schenkung von 2000, und von diesem negotium mixtum cum donatione wird unten (§ 154) die Rede seyn. Gewöhnlich wird hier auch der Verkäufer darum wissen, doch ist dieses nicht gerade nöthig. Es ist möglich, daß der Verkäufer über den Werth irrt, oder den Käufer zu übervortheilen glaubt, während ihm der Käufer ein Geschenk unvermerkt beybringen will, welches Jener aus Stolz oder Sonderbarkeit geradezu nicht annehmen würde. Auch das ist wahre Schenkung (§ 160).

daß dagegen die Bereicherung ganz in den Hintergrund tritt. Die Bereicherung wird dann nur als eine untrennbare Folge zugelassen, ohne selbst den Entschluß zum Rechtsgeschäft zu bestimmen, so daß dieses eben so vollzogen seyn würde, auch wenn keine Bereicherung daraus hervorgegangen wäre. Daß in allen Fällen dieser Art keine Schenkung bestehe, erkennen die Römischen Juristen in einem allgemeinen Princip an; zwar nur bey Gelegenheit der Schenkung in der Ehe, jedoch so daß es nicht hierauf beschränkt ist, sondern die Schenkung in ihrer allgemeinen Natur zu bestimmen dient (b). Es gehören zu dieser Klasse folgende wichtige Fälle.

Wenn Einer eine Sache wissentlich über ihren Werth bezahlt, weil sie ihm unentbehrlich ist, oder unter ihrem Werth verkauft, weil er jetzt Geld braucht und nicht anders bekommen kann, so weiß er, daß er den Andern bereichert, aber in seiner Absicht liegt dieses so wenig, daß er es gerne vermeiden würde, wenn er könnte. Er unterwirft sich dem Verlust als einem nothwendigen Übel, und die Zwecke, die er verfolgt, beziehen sich blos auf ihn

(b) *L.* 5 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.). „... quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri: si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere." Das impediri, valere, non valere geht auf das Verbot der Schenkung in der Ehe; dabey liegt aber zum Grunde das Princip, daß bey untrennbaren Absichten das ganze Geschäft keine Schenkung sey, bey trennbaren ein Theil als Schenkung gelte (Not a). Durch die im Text folgende Reihe von Fällen wird dieses Prinzip zugleich erläutert und bestätigt.

selbst, nicht auf den Andern. Darum ist ein solches Geschäft keine Schenkung.

Wer in einem Vergleich Etwas nachläßt, mit dem vollen Bewußtseyn einen Theil seines Rechts aufzugeben, schenkt dennoch nicht, da er die Kosten und die Unsicherheit des Rechtsstreits vermeiden, nicht dem Gegner eine Liberalität beweisen will (§ 158. c). — Ganz dieselbe Bewandniß hat es in der Regel bey dem Accord der Gläubiger mit einem insolventen Schuldner, obgleich hier nach Umständen auch eine wahre Schenkungsabsicht vorkommen kann, so daß das Daseyn einer Schenkung auf einer factischen Frage beruht.

In anderen Fällen ist die Bereicherung nur die gelegentliche, aber unfehlbare Folge der Familienverhältnisse. Werden nun diese durch ein Rechtsgeschäft neu bestimmt, so gelten sie als das Überwiegende, und die Bereicherung tritt als untergeordnet zurück; auf sie ist dann die Absicht nicht zu beziehen, und die wirklich vorhandene Bereicherung kann nicht als Schenkung angesehen werden.

Wenn daher ein Ehegatte dem andern den unentgeldlichen Mitgebrauch eines Hauses oder anderer Sachen überläßt, welches unter Fremden eine Schenkung seyn könnte (§ 146), so ist es keine Schenkung, weil es aus dem gemeinsamen häuslichen Leben folgt, und daraus folgen würde, auch wenn für den andern Theil kein Geldgewinn damit verknüpft wäre (c).

(c) *L.* 18, *L.* 28 § 2, *L.* 31 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.).

Die Dos, die eine Frau ihrem Mann einbringt, ist niemals eine Schenkung. Gewöhnlich ist sie es schon deswegen nicht, weil der Mann aus dem Ertrag die Frau erhält, also nicht reicher dadurch wird (§ 149); ferner deswegen, weil die Frau dazu naturaliter verpflichtet ist (§ 149. b. c). Aber, selbst abgesehen von diesen Gründen, würde das hier aufgestellte Princip jenen Satz rechtfertigen. Gesetzt, ein armes Ehepaar lebt von Almosen; der Frau fällt eine reiche Erbschaft zu, und sie macht diese zur Dos. Hier wird gewiß der Mann reicher, indem er selbst fortan aus eigenem Vermögen reichlich lebt. Dennoch liegt darin keine verbotene Schenkung in der Ehe, weil dieser Gewinn nur eine unzertrennliche Folge des gemeinsamen häuslichen Lebens ist, welches zum Wesen der Ehe gehört.

Wenn der Mann für die Ausgaben der Frau auf verschwenderische Weise sorgt, über das eigentliche Bedürfniß hinaus, so liegt darin dennoch keine verbotene Schenkung, die hinterher angefochten werden könnte (d). Denn die

Daß der Mann die Frau in seinem Hause unentgeldlich wohnen läßt, hat auch nicht einmal den Schein einer Schenkung, da der Mann ohnehin für alle Bedürfnisse der Frau zu sorgen hat. Anders im umgekehrten Fall, da der Mann allerdings um den ersparten Miethzins reicher wird. Allein der natürlichste Gebrauch eines Hauses besteht doch darin, daß es vom Eigenthümer bewohnt wird; dann aber ist das Wohnen des Mannes in demselben Hause eine bloße Folge des ehelichen Zusammenlebens.

(d) *L.* 21 *pr.*, *L.* 15 *pr.*, *L.* 31 § 8. 9. 10 *de don. int. vir.* (24. 1.). Seit dem Senatusconsult vom J. 206 (§ 150) würde schon die consumtio jede Rückforderung ausschließen; der hier angegebene Grund mußte auch in der früheren Zeit anerkannt wer

Erhaltung der Frau durch den Mann gehört zum Wesen der Ehe (e), und der Umfang dieser Ausgaben ist der unbeschränkten Willkühr des Mannes, der das Haupt des Hauswesens ist, überlassen.

Wenn der Vater einen Sohn emancipirt, so geht die Hälfte des Niesbrauchs, den er bis dahin am Vermögen des Sohnes hatte, auf den Sohn über (f). Um diese Hälfte wird also der Sohn bereichert, dennoch ist es keine Schenkung, weil die überwiegende Absicht auf die neue Gestaltung des persönlichen Verhältnisses gerichtet ist, nicht auf die daraus folgende Bereicherung.

Endlich giebt es auch Fälle, worin die persönliche Pietät gegen den Bereicherten oder gegen einen Dritten der eigentliche Beweggrund zu einer Handlung ist. Auch dagegen tritt dann die Bereicherung als untergeordnete Folge zurück, und die Handlung kann deshalb nicht als Schenkung beurtheilt werden.

Wenn ein Testamentserbe ein Legat oder Fideicommiß vollständig auszahlt, da er entweder die Falcidische Quart, oder Dasjenige was ihm anstatt derselben schon das Testament vorbehielt, hätte abziehen können, so wird durch diesen freyen Entschluß der Legatar oder Fideicommissar

den. Nur wenn der Mann der Frau baares Geld giebt, z. B. ein Jahrgehalt, so gilt dieses als unerlaubte Schenkung, so daß die Rückforderung nur durch Consumtion ausgeschlossen werden kann. *L.* 33 *pr.*, *L.* 15 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 22 *in f. de pactis dot.* (23. 4.).

(e) *L.* 56 § 2 *de j. dot.* (23. 3.).

(f) *L.* 6 § 3 *C. de bon. quae lib.* (6. 61.), § 2 *J. per quas pers.* (2. 9.).

bereichert. Geschieht es jedoch nicht zum Zweck dieser Bereicherung, sondern aus Pietät gegen den Erblasser, so gilt die Handlung nicht als Schenkung, und ist daher unter Ehegatten erlaubt; ja diese andere Absicht soll sogar in der Regel als vorhanden angenommen werden (g). Geschieht dieselbe Handlung von einem insolventen Schuldner, so ist dadurch die Pauliana nicht begründet, weil jene vermuthete löbliche Absicht den Vorwurf der Unredlichkeit von ihm abwendet, welche allein jene Klage begründen kann (h).

Wer ein fremdes Kind zur Pflege und Erziehung zu sich nimmt, bereichert dadurch den Vater, dem diese Pflege

(g) *L.* 5 § 15 *de don. int. vir.* (24. 1.). Diese Stelle könnte man als eine absolute Vorschrift ansehen wollen, sie enthält aber in der That nur eine auf Vermuthung gegründete Interpretation des Willens, wie die Ausdrücke: *magis* videri, und: habet rationem *magis* in eo, zeigen. Wenn also z. B. der Erbe Einem, ihm besonders befreundeten, Legatar den Abzug erläßt, den übrigen nicht, so zeigt sich der Erlaß an Jenen dennoch als Schenkung, nicht als Pietät gegen den Verstorbenen. — Einen Widerspruch gegen die angeführte Stelle könnte man finden wollen in *L.* 67 § 3 *ad Sc. Trebell.* (36. 1.), wo von dem Erben, der zur Begünstigung des Fideicommissars die Erbschaft für suspect erklärt (und nun ohne Abzug restituirt), gesagt wird, er thue es donationis causa. Allein eine wahre Schenkung ist auch dieses nicht, der Ausdruck ist hier, wie oft, nur in dem uneigentlichen Sinn genommen, und er soll hier den Gegensatz bezeichnen gegen denjenigen Erben, welcher die Erbschaft ernstlich für suspect hält, also gar nicht die Absicht hat, zu begünstigen. Ja in *L.* 67 *cit.* ist sogar noch weniger wahre Schenkung anzunehmen, als in *L.* 5 *cit.*, weil in dem Fall dieser letzten Stelle doch ein wirklich erworbenes Recht freywillig weggegeben, im Fall der *L.* 67 *cit.* aber nur ein angebotener Erwerb ausgeschlagen wird. Vergl. oben § 145. r.

(h) *L.* 19. 20 *quae in fraud.* (42. 8.).

obliegt, oder das Kind selbst, wenn dasselbe vaterlos und vermögend ist. Geschieht Dieses aber blos aus menschlichem Antheil an dem Kinde, insbesondere von Seiten eines Verwandten, so gilt es nicht als Schenkung. Das hat die Folge, daß keine Insinuation nöthig ist, daß die Handlung auch von dem mütterlichen Großvater gültig geschehen kann (i), und daß keine Rückforderung wegen Undankbarkeit, sey es des Vaters oder des Kindes, Statt findet (k). Ob nun diese oder eine andere Absicht zum Grunde lag, ist eine factische Frage. Es lassen sich nämlich hier drey verschiedene Absichten denken. Erstlich der eben beschriebene rein menschliche Antheil (pietas). Zweytens negotiorum gestio, woraus gegen den, welchem die Ausgaben der Erziehung oblagen, gegenwärtig aber erspart wurden, eine Klage entspringt. Drittens Schenkung, woraus zwar keine Klage, wohl aber die Anwendbarkeit der positiven Schenkungsregeln entsteht. Die Stellen des Römischen Rechts, welche diesen ganzen Fall erwähnen, berühren nur den Zweifel zwischen den zwey ersten Absichten (pietas und negotiorum gestio) (l), und ver-

(i) Nämlich der mütterliche Großvater, in dessen Gewalt die Mutter steht, kann nicht dem Vater des Kindes schenken, weil es so gut wäre, als hätte die Frau dem Manne geschenkt. *L.* 3 § 6 *L.* 32 § 16 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(k) Dieses scheint sonderbar, da die Erziehung doch immer eine große Wohlthat ist. Allein wenn der freywillige Erzieher bey seiner löblichen Handlung nicht an einen geschenkten Geldeswerth dachte, so kann er auch nicht hinterher einen solchen zum Gegenstand einer Strafforderung machen wollen.

(l) *L.* 34, *L.* 27 § 1 *de neg. gestis* (3. 5.), *L.* 15. 11. 13 *C. eod.* (2. 19.).

langen hierüber eine factische Prüfung der Umstände. Allein es ist einleuchtend, daß der pietatis respectus, wenn er aus den Umständen hervorgeht, eben sowohl die eigentliche Schenkung, als die negotiorum gestio ausschließt, daß aber aus den Umständen auch die Absicht einer wahren Schenkung unzweifelhaft hervorgehen kann (m), obgleich in den angeführten Stellen (Note 1) der Fall der Schenkung zufällig nicht berührt wird.

§. 153.

V. Schenkung. — Begriff. 4. Absichtliche Bereicherung. (Fortsetzung) Remuneratorische Schenkung.

Es ist bisher ausgeführt worden, daß eine andere, als die auf die Bereicherung des Empfängers gerichtete, Absicht das Daseyn der Schenkung ausschließe. Dieser Satz muß jetzt noch gegen eine mögliche Misdeutung verwahrt werden. Man könnte nämlich die Sache so denken, als ob zum Wesen der Schenkung reines Wohlwollen gehörte, so daß sie durch Einmischung eines jeden anderen, besonders eines eigennützigen Beweggrundes ausgeschlossen würde. Diese Annahme wäre irrig. Es ist nur nöthig, daß die Bereicherung des Andern in der Reihe der Zwecke des

(m) Wenn z. B. ein Reicher einige Kinder aus einer zahlreichen unbemittelten Familie nicht in sein Haus aufnimmt, sondern bey Anderen in Pflege giebt, und dafür Kostgeld zahlt, so wird dieses meist ein reines Geldgeschenk an den Vater seyn. Wichtig werden hier die positiven Einschränkungen der Schenkung nicht leicht werden, und daraus erklärt es sich, daß die Stellen des R. R. diesen Gesichtspunkt nicht hervorheben.

Handelnden liege; welcher entferntere Zweck hinter derselben gedacht werde, ist gleichgültig. Meistens wird die Handlung aus uneigennützigem Wohlwollen hervorgehen, welches dann wieder bald die Gestalt des Mitleids, bald die der Großmuth oder der Dankbarkeit annehmen kann. Aber es können eben sowohl selbstsüchtige Zwecke im Hintergrund liegen, ohne daß das Wesen wahrer Schenkung dadurch aufgehoben wird. Der Geber kann hoffen, durch das Geschenk eine Zuneigung zu begründen, die ihm in der Zukunft weit größere Vortheile einbringen soll; er kann auch aus bloßer Eitelkeit schenken, um bey Anderen den Eindruck des Reichthums und der Freygebigkeit zu machen. In allen diesen Fällen ist es wahre Schenkung, weil zunächst die Bereicherung des Andern wirklich gewollt wird, nur um durch diese zu einem entfernteren Zweck zu gelangen. Dieses eben war ganz anders in den Fällen des vorhergehenden §. Wenn der Käufer ein ihm unentbehrliches Haus über den wahren Werth bezahlt, so läßt er sich diese Bereicherung des Verkäufers blos aus Noth gefallen, er würde lieber ohne dieselbe kaufen. Wenn der Vater durch die Emancipation des Sohnes die Hälfte des bisherigen Niesbrauchs an Diesen abgiebt, so wird er sich vielleicht dieses Erfolgs gar nicht bewußt, oder vielleicht ist ihm derselbe ganz gleichgültig. In beiden Fällen ist die Bereicherung gar nicht als Zweck gedacht, und daher ist die Handlung keine Schenkung.

Für die meisten Fälle nun ist es allgemein anerkannt,

daß der entferntere Zweck dem Daseyn der Schenkung, und der Anwendung der positiven Rechtsregeln auf dieselbe, nicht im Wege steht. Bestritten ist es nur in einem einzigen Fall, und zwar gerade in einem solchen, worin der entferntere Zweck keine selbstsüchtige Natur hat; wenn nämlich derselbe in einer Erweisung der Dankbarkeit besteht, welches man eine remuneratorische Schenkung nennt. Hierin stehen sich zwey äußerste Meynungen entgegen. Nach der einen ist ein solches Geschäft reine Schenkung, allen positiven Rechtsregeln, so wie jede andere, unterworfen. Nach der zweyten Meynung ist es gar nicht Schenkung, sondern einem sogenannten onerösen Geschäft gleich. Dieses hätte also die Bedeutung, daß es niemals einer Insinuation bedürfte, in der Ehe stets erlaubt wäre, und keine Rückforderung aus besonderen Gründen (wie Undankbarkeit) zuließe. Viele aber haben irgend einen mittleren Durchschnitt zwischen beiden Meynungen angenommen, indem sie entweder nur für manche Fälle der Dankbarkeit die Schenkung ausschließen, oder aber die positiven Rechtsregeln nur theilweise zulassen (a).

Im Allgemeinen müssen wir die erste Meynung annehmen, nach welcher die remuneratorische Schenkung jeder anderen gleich steht (b). Wenn selbst eigennützige Zwecke

(a) So z. B. nimmt Mühlenbruch § 445 an, jedes remuneratorische Geschenk sey frey von dem Widerruf wegen Undankbarkeit, aber nicht von der Insinuation, noch von dem Verbot in der Ehe.

(b) Dieselbe Meynung haben Meyerfeld I. § 19 und Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht

das Wesen der Schenkung nicht ausschließen, warum sollte gerade das Motiv der Dankbarkeit ihr im Wege stehen? — Sehen wir auf die Natur der positiven Rechtsregeln, so ist bey der remuneratorischen Schenkung leichtsinnige Verschwendung (gegen welche die Insinuation schützen soll) eben so denkbar, wie bey jeder anderen. Vollends bey der Ehe paßt die Ausschließung dieses Falls von dem Verbot gar nicht. Denn jede richtig geführte Ehe besteht von beiden Seiten in steter Erweisung von Liebe und Treue; sonach könnte hier jede Schenkung als remuneratorisch gelten, und das ganze Verbot wäre damit vernichtet. — Ferner ist das Daseyn der Dankbarkeit als Motiv des Gebens eben so unbestimmt, als schwer zu erkennen; besonders müßte, wenn die Ausnahme einigen Schein haben sollte, ein angemessenes Verhältniß zwischen dem empfangenen Guten und dem gegenwärtigen Lohn vorausgesetzt werden, wofür sich aber gar keine feste Gränze auffinden läßt. — Der entscheidendste Grund endlich scheint folgender. Wer hier das Daseyn der Schenkung verneint, muß das Gegebene als ein datum ob causam ansehen. Dann müßte im Fall des Irrthums eine regelmäßige Condiction auf Rückgabe gelten. Eine solche nun ließe sich auch denken, wenn Etwas in Hinsicht auf die Zukunft gegeben wäre, z. B. in der unerfüllten Hoffnung auf ein Gegen-

und Prozeß I. S. 30. Doch stimmt der letzte im Resultat mit Mühlenbruch überein, indem er S. 36 gleichfalls annimmt, daß der Widerruf wegen Undankbarkeit wegfalle.

geschenk oder auf die Zuneigung des Andern, in welchem Fall jedoch die Condiction ausdrücklich versagt wird (c). Aber ganz eben so soll auch die Condiction wegfallen, wenn bey einer remuneratorischen Schenkung der vorhergehende Dienst irrig vorausgesetzt wird (d). Hieraus folgt also, daß in beiden Fällen gleichmäßig das Römische Recht kein datum ob causam, sondern vielmehr eine wahre Schenkung annimmt, indem wir hier nur zwischen diesen beiden Arten der Rechtsgeschäfte zweifelhaft seyn können.

Die Betrachtung einzelner Stellen des Römischen Rechts führt theils zur Bestätigung, theils zu einiger Begränzung dieser Behauptung.

Die Stelle, welche die Wiedervergeltung mit allgemeinster Bezeichnung erwähnt, betrifft den Fall, da ein Glaubiger den Bürgen durch Acceptilation frey giebt, und zwar schenkungsweise. Es ist gewiß, daß durch diese Handlung auch der Hauptschuldner frey wird (e); sie kann aber folgende verschiedene Bedeutung haben. Entweder will der Glaubiger den Hauptschuldner um die erlassene Summe reicher machen, so daß der Bürge nichts weiter gewinnen soll, als die Sicherheit gegen den möglichen Verlust, wenn er zahlen muß und der Hauptschuldner insolvent ist; oder er will den Bürgen reicher machen, welches dadurch bewirkt wird, daß derselbe behandelt wird, als hätte er

(c) *L.* 3 § 7 *de cond. causa data* (12. 4.).

(d) *L.* 65 § 2 *de cond. ind.* (12. 6.). Vergl. Beylage VIII. Num. X. Note d.

(e) *L.* 13 § 7 *L.* 16 § 1 *de acceptil.* (46. 4.).

baar gezahlt, wodurch er eine actio mandati gegen den Hauptschuldner auf die Summe der Schuld erwirbt. Welche von beiden möglichen Absichten soll man nun annehmen, wenn sich der Glaubiger nicht näher darüber ausgesprochen hat? Ulpian sagt (f), wenn der Glaubiger dem Bürgen Etwas zu vergelten habe (si fidejussorem remunerari voluit creditor), so sey die letzte Absicht anzunehmen; die erste dagegen, wenn der Erlaß auf einem selbstständigen Entschluß beruhe, nicht auf einer Wiedervergeltung (non remunerandi causa, sed principaliter donando). Offenbar will er sagen, es komme darauf an, welchen von Beiden der Glaubiger habe begünstigen wollen, und zur Beantwortung dieser Frage giebt er beyspielsweise das Merkmal der Remuneration an; jedoch so wenig in der Absicht, diesem Merkmal eine ausschließende Kraft beyzulegen, daß er selbst vielmehr noch einige andere, sogar noch entscheidendere, hinzufügt. Davon aber sagt er kein Wort, daß im Fall der Remuneration das Geschäft keine wahre Schenkung sey. Vielmehr ist es

(f) *L.* 10 § 13 *L.* 12 *mandati* (17. 1.). „Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem. Multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit. —Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando, fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum." — Wenn hier der Erlaß an den Bürgen allgemein, und auch in dem letzten Fall als donatio bezeichnet wird, so wird dieser Ausdruck in dem schon oft erwähnten uneigentlichen Sinn gebraucht, da es keine eigentliche, wahre donatio ist (§ 158).

völlig im Sinn dieser Stelle, für den Fall der Remuneration die Insinuation zu fordern, auch eben so das ganze Geschäft für nichtig zu halten, wenn die Forderung einer Ehefrau zusteht, und der Bürge, welchem die Summe remunerando geschenkt werden soll, ihr Ehemann ist.

Wenn Das, was mich zu einer remuneratorischen Schenkung bestimmt, gleichfalls in einer Schenkung bestand, so ist darum nicht weniger jede dieser beiden Handlungen eine wahre Schenkung, und die positiven Schenkungsregeln sind darauf völlig anwendbar. Hat also der Eine 1000 Dukaten in Geld, unter Anwendung der Insinuation, geschenkt, und empfängt später von dem Andern ein Grundstück von gleichem Werthe, ohne Insinuation, zum Geschenk, so ist das zweyte Geschenk zur Hälfte ungültig. Hatte ein Mann seiner Frau vor der Ehe ein Geschenk gemacht (g), und empfängt dagegen von ihr in der Ehe gleichfalls ein Geschenk, so bleibt das erste gültig, das zweyte ist ungültig. In beiden Fällen wird dem zweyten Geschenk durch das erste weder die Willkührlichkeit, noch überhaupt der vollständige Character einer Schenkung, entzogen. Einen Widerspruch gegen diese Behauptung hat man in folgender Bestimmung des Römischen Rechts zu finden geglaubt (h). Der redliche Besitzer

(g) Ich sage: vor der Ehe, denn wenn beide Geschenke in die Ehe fallen, so gilt dafür eine besonders vorgeschriebene Compensation, die erst seit dem Senatusconsult von 206 (wegen der Consumtion) recht wichtig und fruchtbar geworden ist. *L.* 7 § 2 *L.* 32 § 9 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(h) *L.* 25 § 11 *de her. pet.* (5. 3.) von Ulpian. Vgl. hierüber Meyerfeld I. S. 369 fg.

einer Erbschaft braucht nur Dasjenige herauszugeben, was er noch jetzt, als Bereicherung aus derselben, besitzt. Gesetzt nun er hat ein Erbschaftsstück verschenkt, so kann er vielleicht die factische Erwartung eines Gegengeschenks haben, rechtlich betrachtet ist er deshalb nicht reicher (i). Nur wenn er das Gegengeschenk wirklich erhalten hat, kann man dieses als eine aus der Erbschaft herrührende Bereicherung betrachten, indem nun unter beiden Personen Geschenke gleichsam ausgetauscht worden sind (k). — Diese Vorschrift bezieht sich jedoch lediglich auf den Umfang der Leistungen des Erbschaftsbesitzers, durchaus nicht auf das Daseyn wahrer Schenkung, und die Anwendbarkeit ihrer positiven Regeln. Daß Ulpian, um das ganze Verhältniß anschaulich zu machen, die Ausdrücke natura-

(i) „nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem *naturaliter obligaverint*." Hier ist offenbar nicht die eigentliche, juristische naturalis obligatio gemeynt, sondern die blos factische, auf Sitte, Anstand, Ehrgefühl beruhende Nöthigung, deren Daseyn sich auf keine Regel zurückführen läßt, da sie überall von zufälligen Umständen abhängt. Vergl. Meyerfeld I. S. 376. — Es ist ganz dasselbe wie in *L.* 54 § 1 *de furtis* (47. 2.). „Species .. lucri est .. *beneficii debitorem* sibi adquirere." Auch hier ist der debitor nicht in einem juristischen Sinn zu verstehen.

(k) „*velut genus quoddam* hoc esset permutationis;" man kann sich kaum vorsichtiger ausdrücken, um eine bloße Ähnlichkeit zu bezeichnen. An eine wahre permutatio, also ein negotium, dachte Ulpian nicht; er wollte nur andeuten, daß die handelnden Personen bey ihren gegenseitigen Geschenken etwas Ähnliches empfanden, wie bey einem Tausch, woraus also folgte, daß man dem Besitzer der Erbschaft kein Unrecht that, wenn man ihm das empfangene Gegengeschenk als einen erbschaftlichen Gewinn anrechnete. Eine actio praescriptis verbis hätte Ulpian, in Folge des ersten Geschenks, gewiß nicht gegeben.

liter obligare und genus quoddam permutationis gebraucht, ändert Nichts; beide sind nur vergleichungsweise, und im uneigentlichen Sinn angewendet, und es war gar nicht davon die Rede, die eigentliche Schenkungsnatur, sowohl des ersten, als des zweyten Geschenks, in Zweifel zu ziehen.

Ein ernstlicher Zweifel jedoch kann aus der besondern Natur derjenigen früheren Handlung des Andern entstehen, wodurch die gegenwärtige remuneratorische Gabe veranlaßt wird. Besteht nämlich jene Handlung in einer solchen Art von Dienstleistung, wofür gewöhnlich ein Geldlohn entrichtet wird, die also eine gewerbliche Natur hat, und wobey nur im vorliegenden Fall kein Lohn bedungen war, so kann sich jetzt der Geber seine Gabe auf verschiedene Weise denken. Er kann den empfangnen Dienst betrachten als eine Äußerung des uneigennützigen Wohlwollens, wofür er jetzt durch eine freye Gabe seine Erkenntlichkeit an den Tag legen will; dann ist diese Gabe eine wahre Schenkung, und die positiven Regeln der Schenkung sind darauf völlig anwendbar. Er kann aber auch das ganze Verhältniß betrachten als stillschweigenden Vertrag über eine Dienstleistung um unbestimmten Lohn; dann ist die gegenwärtige Gabe, nach des Gebers Absicht, die bloße Bezahlung einer Schuld, und durch diese Absicht wird der Begriff der Schenkung, mit allen Folgen desselben, gänzlich ausgeschlossen (§ 149). Welche dieser beiden Absichten zum Grunde liegt, ist eine blos factische Frage; es kommt auf eine Interpretation des Willens an,

und von einer remuneratorischen Schenkung, die eine andere Natur hätte als die gewöhnliche Schenkung, kann in keinem jener beiden denkbaren Fälle die Rede seyn. Dieses ist denn auch der einfache Sinn einer Stelle des Papinian, deren unrichtige Auffassung viel zu den falschen Ansichten über die remuneratorische Schenkung beygetragen hat (l). Aquilius Regulus hatte dem Rhetor Nicostratus in einem Briefe freye Wohnung als Geschenk zugesagt (dono et permitto tibi), weil Nicostratus stets bey dem Vater des Regulus gelebt, ihn selbst aber durch Unterricht und Aufsicht ausgebildet habe; nach dem Tode des Regulus entstand Streit über die fortwährende Verbindlichkeit der Schenkung. Man konnte glauben, es sey ein bloßes Precarium, nicht eine auf des Empfängers Lebenszeit berechnete, also für die Folge bindende, Schenkung. Und selbst wenn es als eine solche gemeynt war, so war diese nach den Regeln der Lex Cincia nicht verbindlich (m). Papinian sagt aber, es sey gar keine eigentliche Schenkung, sondern Zahlung für eine frühere Dienstleistung (n). Nun

(l) *L.* 27 *de don.* (39. 5.).

(m) Nämlich wegen der fehlenden Mancipation. Vgl. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. IV. 46. Daher wird auch in einem ganz ähnlichen Fall, dem nur die Absicht wahrer Schenkung zum Grunde lag, anders entschieden. *L.* 32 *de don.* (39. 5.). — Daß in beiden Stellen die Verbindlichkeit der Erben des ersten Gebers in Frage gestellt wird, gehört zu den zufälligen Umständen der vorliegenden wirklichen Rechtsfälle; bey dem ersten Geber wäre eben so zu entscheiden gewesen, es war aber natürlich, daß, wegen des fortwährenden Wohlwollens desselben, erst nach dem Tode die Rechtsgültigkeit zur Sprache kam.

(n) „dixi posse defendi, non meram donationem esse: verum officium magistri quadam

war die Lex Cincia nicht anwendbar, es war aber zugleich als ein für die Folge bindendes Rechtsgeschäft gemeynt, und zwar als ein unförmlich bestellter usus an der Wohnung, zu dessen Schutz es an Rechtsmitteln nicht fehlte (o).

In Verbindung damit steht endlich noch folgender Fall, in welchem allein eine wahrhaft positive Vorschrift zu finden ist. Wenn Jemand für die Rettung seines Lebens ein Geschenk giebt, so unterscheidet sich Dieses von dem eben erwähnten Fall dadurch, daß die Lebensrettung kein gewerblicher Dienst ist, auch nicht leicht vorher ein Vertrag über Geldlohn deshalb geschlossen werden wird, so daß die spätere Gabe allerdings als wahre Schenkung angesehen werden muß. Da aber der geleistete Dienst so unvergleichlich groß ist, so war wohl hinreichender Grund vorhanden, von den gewöhnlichen Einschränkungen der

mercede remuneratum Regulum." Das heißt, Regulus dachte sich seine Gabe als nachträglich entrichtetes Gehalt an seinen früheren Hauslehrer, folglich nicht als Schenkung, der die L. Cincia im Wege gestanden hätte (Dieses allein drückt Papinian aus), noch weniger aber als ein von bloßer Willkühr des Gebers abhängiges Precarium. — Non mera donatio ist hier nicht, wie man dem Wort nach glauben könnte, das negotium mixtum cum donatione (*L.* 18 *pr. eod.*), sondern die Verneinung der wahren, eigentlichen Schenkung, zu deren Annahme man durch das in dem Brief gebrauchte Wort dono verleitet werden konnte.

(o) Zu einem wahren usus war die in jure cessio nöthig. Aber auch der hier zum Grunde liegende traditus usus wurde durch Klagen geschützt: namentlich durch die publiciana confessoria (*L.* 11 § 1 *de public.* 6. 2., *L.* 1 § 2 *de S. P. R.* 8. 3.); aber auch durch possessorische Interdicte (Savigny Besitz § 45). Papinian erwähnt gerade nur das Interdict, weil es für den praktischen Zweck genügte, ja sogar am schnellsten zum Ziel führte.

Schenkung gänzlich zu dispensiren, da hier auch bey dem größten Umfang des Geschenks Niemand an leichtsinnige Verschwendung denken wird, die durch positive Anstalten verhütet werden müßte. Diese positive Ausnahme von den Rechtsregeln der Schenkung ist denn in der That gemacht worden, und die Stelle des Paulus, worin sie sich findet, lesen wir in folgenden zwey verschiedenen Gestalten.

L. 34 § 1 *de don.* (39. 5.) aus

PAULUS V. 11 § 6.

Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est; quia contemplationem (al. *contemplatione*) salutis certo modo aestimari non placuit.

PAULUS Lib. V. sent.

Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat: haec donatio irrevocabilis est: non merces eximii laboris (p) appellanda est: quod contemplatione (q) salutis certo modo aestimari non placuit.

Der Sinn der Stelle, nach beiden Texten, ist dieser.

(p) Dieser Florentinische Text ist sinnlos. Der Gedanke ist durch die ausführlichere Fassung im Westgothischen Paulus unzweifelhaft, und dieser Gedanke sollte gewiß nicht durch die Abkürzung in den Digesten verändert werden. Man könnte emendiren *si* non, oder (wie es Haloander thut) *nam*; beides ist jedoch unnöthig, weil die constante Leseart der Vulgata völlig genügt; sie läßt non weg, und liest: merces enim laboris eximii.

(q) contemplatione giebt denselben Sinn wie contemplationem; es heißt: mit Rücksicht auf die Lebenserhaltung, und es muß hinzugedacht werden: *eam donationem* aestimari.

Der Lohn für die Lebensrettung ist eigentlich gar nicht Schenkung zu nennen, sondern vielmehr Bezahlung eines ganz unschätzbaren Dienstes. Daher (sagt der alte Paulus) dürfen wir diese Gabe in infinitum ausdehnen (d. h. das Verbot der L. Cincia bindet uns hier nicht). Daher (sagt Paulus in den Digesten) ist diese Gabe unwiderruflich. — Diese Veränderung des Ausdrucks sollte gewiß nicht den Sinn ändern. Sie wurde vorgenommen, weil der Ausdruck in infinitum gerade bey der L. Cincia besonders üblich war (r), und also zu sehr an sie erinnerte. Allein die in den Digesten ausgesprochene Irrevocabilität sagt ganz dasselbe; denn der Widerruf ist der praktische Erfolg aller positiven Einschränkungen der Schenkung (s). Also paßt auf diesen Fall weder die Insinuation, noch das Verbot in der Ehe, noch der Widerruf wegen Undankbarkeit. Auf der andern Seite aber ist der Fall der Lebensrettung so eigenthümlich, daß jede Ausdehnung un-

(r) Fragm. Vatic. § 304, *L.* 7 § 1 *de L. Jul. repet.* (48. 11.).

(s) Marezoll (Zeitschrift I. 37) beschränkt die Stelle auf den Widerruf wegen Undankbarkeit, weil die fehlende Insinuation keine Revocation, sondern Nichtigkeit zur Folge habe. Allein auch die Nichtigkeit zeigt sich praktisch nur durch Revocation. Daher ist in den Vaticanen bey der L. Cincia stets von Revocation die Rede, und eben so bey der Schenkung in der Ehe (*L.* 32 § 4. 7 *de don. int. vir.* (24. 1.), die doch gewiß Nichtigkeit zur Folge hat. Daß die Basiliken und deren Scholien (VI. 180. 210) seiner Meynung entgegen sind, gesteht er selbst zu. Völlig entscheidend sind die in den Digesten enthaltenen Worte certo modo. Denn modus ist die der Schenkung eigenthümliche Summe, die ehemals auf die L. Cincia gieng, und nun auf die Insinuation zu beziehen ist. *L.* 11 *L.* 21 § 1 *de don.* (39. 5.), *L.* 5 § 5 *de doli exc.* (44. 4.).

frer Stelle auf andere Fälle der Dankbarkeit ganz unzulässig ist (t).

§. 154.

V. Schenkung. — Begriff. 4. Absichtliche Bereicherung (Fortsetzung.) Negotium mixtum.

Wenn einer Gabe zwar eine Gegenleistung gegenüber steht, welche aber einen geringeren Werth als die Gabe hat, so liegt darin eine partielle Bereicherung des Empfängers jener Gabe. Ist nun auch die Absicht des Gebers auf diese Bereicherung gerichtet, so ist darin eine wahre Schenkung enthalten. Eine und dieselbe Handlung ist dann zum Theil Schenkung, zum Theil ein anderes Rechtsgeschäft (a), und eben so ist das in der Gabe übertragene Recht nur theilweise als geschenkt zu betrachten (§ 149. 152. a).

Die wichtigsten Anwendungen dieses Falles sind folgende. Wird ein Haus, welches 5000 werth ist, zur Bereicherung des Käufers um 3000 verkauft, so ist dieses ein wahrer Kauf, verbunden mit einem Geschenk von 2000. Unter Ehegatten ist daher ein solcher Kauf gültig, und

(t) Mühlenbruch § 445, mit vielen Anderen, bezieht die Stelle auf jede Schenkung aus Dankbarkeit, als ob hier der Fall der Lebensrettung blos ein zufällig gewähltes Beyspiel wäre (Note a). Allein die Stelle selbst legt ja ausschließendes Gewicht gerade auf die Eigenthümlichkeit dieses, völlig unschätzbaren, Dienstes, was von anderen Diensten gar nicht behauptet werden kann.

(a) Negotium mixtum cum donatione *L.* 18 *pr. de don.* (39. 5.). Über die Bedeutung von negotium vgl. § 143. h.

nur das Geschenk ungültig; ist aber unter ihnen der Kauf selbst nur um des Geschenks Willen vorgenommen, so daß er ohne diese Absicht ganz unterblieben wäre, so ist das ganze Geschäft ungültig (b). — Verschieden von diesem Fall ist der eines simulirten Kaufs, wobey man sich bloße Schenkung dachte, z. B. wenn zugleich bedungen wird, daß der Preis nie bezahlt werden solle, oder wenn der Preis so gering ist, daß er gar keine ernste Bedeutung haben kann. Nach allgemeinen Ansichten müßte dieses Geschäft zwar als Kauf ungültig seyn, aber als Schenkung wirksam (§ 134). Die Römischen Juristen, so wie ältere Constitutionen, erklären es überhaupt für ungültig, so lange nicht Tradition hinzukomme (c). Das hat aber nur die

(b) *L.* 5 § 5 *de don. int. vir.* (24. 1.), die bestimmteste unter den hierher gehörenden Stellen. Nicht widersprechend, sondern nur weniger vollständig, sind *L.* 32 § 26 *eod.*, *L.* 38 *in f. de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 17 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.). — Vergl. oben § 44 Note g. h.

(c) *L.* 36 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 38 *eod.* (verb. *totiens enim* rel.), *L.* 3. 9 *C. eod.* (4. 38.), *L.* 6 *pro don.* (41. 6.), *L.* 7 § 6 *L.* 32 § 25 *de don int. vir.* (24. 1.), *L.* 15 *C. eod.* (5. 16.). Vgl. Meyerfeld I. S. 306 fg. — Einige Zweydeutigkeit entsteht aus dem in diesen Stellen meistens gebrauchten Ausdruck: venditio *donationis causa* facta, der an sich auch gelten kann um die venditio mixta cum donatione zu bezeichnen, ja auch in dieser wieder um den Fall, da der Kauf ohne die Schenkungsabsicht ganz unterblieben wäre, auszuzeichnen (Note b). Da, wo die absolute Unwirksamkeit von einem mit jenem Ausdruck bezeichneten Kauf behauptet wird, ist gewiß nur der simulirte Kauf gemeynt. — Ganz dieselben Regeln gelten auch bey der locatio donationis causa, z. B. numo uno. *L.* 20 § 1 *L.* 46 *locati* (19. 2.), *L.* 10 § 2 *de adqu. poss.* (41. 2.), *L.* 52 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). Hier heißt vilius locaverit nicht: unter dem wahren Werth, sondern: um einen Spottpreis, also so viel als numo uno; das zeigt der nachher hinzugefügte Grund.

Bedeutung, daß, nach der allgemeinen Natur der Schenkung, nicht so wie bey dem Kauf (als Consensualcontract) aus der bloßen Verabredung geklagt werden konnte. Nach dem neuesten Recht fällt diese Schwierigkeit ganz hinweg (§ 157). — Die aufgestellten Regeln würden unter andern auch anwendbar seyn auf eine unter ihrem Nominalwerth verkaufte Forderung. Geschähe dieses wegen der Unsicherheit der Forderung, so wäre es reiner Kauf, geschähe es zur Bereicherung des Käufers, so wäre es theilweise Schenkung. Nun ist aber das Erste ganz verboten (d), und deshalb wurde auch das Zweyte mit in das Verbot eingeschlossen, weil allerdings eine simulirte Schenkung allzu leicht gebraucht werden kann, um darunter das völlig verbotene erste Geschäft zu verstecken (e).

Eben dahin gehört ein Kauf, worin dem Verkäufer jede Verpflichtung wegen der Eviction erlassen wird. Dieser Nebenvertrag ist reine Schenkung, weil dadurch der Käufer den vollen Sachwerth ohne Ersatz verlieren kann; daher ist unter Ehegatten dieser Nebenvertrag ungültig, der Kauf selbst bleibt gültig (f).

(d) Durch die sogenannte Lex Anastasiana. *L.* 22 *C. mand.* (4. 35.).

(e) *L.* 23 *C. mand.* (4. 35.).

(f) *L.* 31 § 4 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Si .. donationis causa paciscantur, *ne quid venditor ob eam rem praestet.*" Das darf, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, und nach der Vergleichung mit § 5, nicht so verstanden werden, der Verkäufer solle das Kaufgeld bekommen, und doch auch die Sache behalten; sondern er solle, nachdem er die Sache übergeben habe, hinterher nicht wegen Eviction verpflichtet seyn. Praestare ist gerade der eigenthümliche Ausdruck für die Evictionsleistung. *L.* 31

Ein Darlehen, wobey der Empfänger mehr oder weniger als die empfangene Geldsumme zurück zu geben verspricht, kann als Schenkung der Differenz gemeynt seyn(g).

Wenn eine Societät so geschlossen wird, daß darin in der That eine Schenkung läge(h), so wird das ganze Geschäft für ungültig erklärt(i). Das hat aber wieder nur die schon bey dem Kauf angegebene Bedeutung: es soll daraus nicht die dem Consensualcontract eigenthümliche actio pro socio angestellt werden können. Ist in Folge der Verabredung Etwas tradirt, so erklären Dieses schon die alten Juristen, als vollendete Schenkung, für gültig(k);

L. 5. 8. 30 *de evict.* (21. 2.). Für die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers heißt es: *ipsam rem* praestare. *L.* 11 § 2 *de act. emti* (19. 1.).

(g) Sie kann so gemeynt seyn; ist jedoch die versprochene Summe größer, so wird weit öfter die Absicht auf Verzinsung des Kapitals (also nicht auf Schenkung) gerichtet seyn, und dann kann wohl auch ein Wucher darin liegen. — Fälle dieser Art werden erwähnt in *L.* 11 § 1 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 17 *pr. de pactis* (2. 14.); hauptsächlich um zu bemerken, daß in keinem Fall die Darlehensklage auf Mehr als das Empfangene gelten könne, womit jedoch die Anwendbarkeit anderer Klagen nicht ausgeschlossen ist.

(h) Dieses kann geschehen, indem ein Theilnehmer entweder Nichts beyträgt, und doch mit theilt, oder zwar beyträgt, aber ausschließend den Gewinn zieht.

(i) *L.* 5 § 2 *pro soc.* (17. 2.), *L.* 16 § 1 *de minor.* (4. 4.), *L.* 32 § 24 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(k) *L.* 32 § 24 *de don. int. vir.* (24. 1.) „quae tamen in commune tenuerunt, *fine praestituto* revocanda non sunt." Das heißt: wenn in Folge der Übereinkunft Etwas erworben, und dem Beschenkten für seinen Antheil tradirt worden ist, so genießt Dieses (als perfecta donatio) den Vortheil der Bestätigung durch den Tod, ganz nach dem Senatsschluß, der für andere Fälle in den vorhergehenden Worten als unanwendbar angegeben war. Die Worte fine praestituto erklärt Meyerfeld 1. 324 vortrefflich als gleichbedeutend (ursprünglich wohl gleichlautend) mit fini decimarum in Fragm. Vatic. § 294, nämlich so weit nicht

nach dem neuesten Recht aber würde auch aus der bloßen Verabredung, wie bey jeder Schenkung, geklagt werden können (l).

Endlich liegt ein solches gemischtes Geschäft auch in jeder donatio sub modo (§ 175), wegen der dadurch für die Zukunft begründeten Gegenleistung (m).

Bey allen diesen gemischten Geschäften muß der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils ermittelt werden. Dieser ist dann ganz nach den Regeln der Schenkung zu beurtheilen; in Ansehung der Insinuation, des Verbots in der Ehe, des Widerrufs aus besonderen Gründen (n). Nur wenn die Gegenleistung überhaupt keinen

die Beschränkungen der L. Julia (Ulpian. XV.) im Wege stehen. In den Digesten haben nun jene Worte den trivialen Sinn: nach Maasgabe des Vertrags, so daß jetzt das Komma hinter praestituto stehen muß.

(l) Nur freylich so, daß die der Societät eigenthümliche Aufkündigung gelten müßte. Denn sonst würde man offenbar über die Absicht der Parteyen hinaus gehen, die doch nur eine Schenkung nach den Regeln und Formen einer Societät wollten.

(m) *L.* 18 *pr.* § 1. 2 *de don.* (39. 5.). Hier wird die in der Schenkung sub modo liegende partielle Schenkung nur dazu benutzt, um die Gränzen der condictio oder actio praescriptis verbis festzustellen. Da aber doch überhaupt die Schenkungsnatur bestimmt anerkannt wird, so folgt daraus die Anwendung der positiven Schenkungsregeln von selbst. Mühlenbruch § 415 nimmt an, daß bey der donatio sub modo die Insinuation ganz wegfalle, wodurch ja die ganze Vorschrift der Insinuation sehr leicht umgangen werden könnte, indem dazu bey jeder Schenkung schon der unbedeutendste Modus hinreichen würde. Er beruft sich auf Leyser 435. 3, der den Irrthum noch dadurch erweitert, daß er die Schenkung sub modo mit der remuneratorischen verwechselt.

(n) Ganz deutlich ist diese Behandlung der Sache anerkannt in *L.* 5 § 5 *de don. int. vir.* (24. 1.), das Princip selbst in *L.* 5 § 2 *eod.* „si separari possit" rel. (§ 152. b).

Geldwerth hat, kann eine solche Trennung nicht vorgenommen werden (o), und nun gilt daher das ganze Geschäft nicht als Schenkung, indem eine Differenz des Geldwerths, woraus allein die Bereicherung hervorgehen könnte, gar nicht denkbar ist (p).

§. 155.

V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeschäfte. 1. Dare.

Nachdem jetzt der Begriff der Schenkung vollständig dargelegt worden ist, soll derselbe durch alle einzelne Rechtsverhältnisse, in welchen er vorkommen kann (§ 142), durchgeführt werden. Diese Durchführung hat zunächst den Zweck, die wirkliche Erscheinung der Schenkung in den mannichfaltigsten Gestalten zur Anschauung zu bringen. Ferner wird dadurch ihre positive Seite klar werden, durch die Darlegung Desjenigen, was sie zur Wirksamkeit einzelner Rechtsgeschäfte beytragen kann, anstatt daß durch ihre negative Seite vielmehr eine Hemmung dieser Wirksamkeit für viele Fälle herbeygeführt wird. Endlich bekommt sie überhaupt erst Realität in diesen Anwendungen. Denn ihr bisher aufgestellter Begriff (Veräußerung mit absichtlicher Bereicherung) erlangt erst ein wirkliches Daseyn durch die Verkörperung in einem einzelnen Rechtsver-

(o) Solche Fälle sind erwähnt in *L.* 19 § 1. 6 *de don.* (39. 5.).

(p) *L.* 5 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.) (§ 152. b), deren durchgreifendes Princip hier eben so anwendbar ist, wie bey der Absicht zu schenken.

hältniß, ohne welche jener Begriff gleichsam in der Luft schwebt. Dieses ist also die natürliche Bedingung aller gültigen Schenkung, das perficitur donatio, dessen Natürlichkeit nur dadurch in den Hintergrund getreten ist, daß es unter den Händen der alten Juristen (vielleicht theilweise durch die Lex Cincia) conventionelle Zusätze erhalten hatte, unter welchen seine ursprüngliche Gestalt schwer zu erkennen war (a).

Da nun in allen Theilen des Vermögens eine Bereicherung denkbar ist, so können die verschiedensten Vermögensverhältnisse als Mittel zum Zweck einer Schenkung dienen. Die Bereicherung kann sich beziehen:

1) auf ein dingliches Recht, welches dem Beschenkten verschafft wird;

2) auf ein obligatorisches Verhältniß, und zwar wiederum:

a) auf eine Forderung, die ihm verschafft wird;

b) auf eine Schuld, von welcher er befreyt wird.

Demnach lassen sich alle einfache Schenkungen auf drey Klassen zurück führen, indem sie geschehen können Dando, Obligando, Liberando.

Die Schenkungen durch dingliche Rechte können sich

(a) In folgenden Stellen ist die ursprüngliche, natürliche Gestalt jener Bedingung erkennbar. Fragm. Vat. § 263. „Eam quae ... citra stipulationem donavit, si neque poss ... tradidit ... *nihil egisse placuit.*" ib. § 266 „... *destinationem potius liberalitatis*, quam effectum rei actae continet." § 293 „... manifeste *nec coepta videatur*"

ferner beziehen auf Eigenthum oder auf jura in re. Die Schenkung durch übertragenes Eigenthum ist so sehr die häufigste und wichtigste, daß deshalb nicht selten die Schenkung im Allgemeinen als eine Art der Eigenthumsübertragung aufgefaßt worden ist (§ 142. a). Die Form, wodurch Eigenthum übertragen wird, ist im Justinianischen Recht ganz einfach die Tradition, ohne Unterschied der Zwecke, wofür die Übertragung geschieht (b). So ist also zunächst von der Schenkung durch Tradition zu handeln. In dieser zeigt sich die Schenkung in ihrer positiven Natur dadurch wirksam, daß sie als justa causa der Tradition dient, und so den wirklichen Übergang des Eigenthums vermittelt (c). Natürlich nur unter der Voraussetzung, daß der Geber selbst das Eigenthum hat; welche Folgen eintreten, wenn es ihm fehlt, soll weiter unten besonders dargestellt werden.

Die Tradition erscheint hier in allen verschiedenen Gestalten, die sie überhaupt anzunehmen fähig ist. Unter andern also durch Mittelspersonen (d). Ferner so, daß der Beschenkte die Sache, die er schon inne hat, nur be-

(b) Im älteren Recht gab es überhaupt drey Formen zur Übertragung des Eigenthums: mancipatio, in jure cessio, traditio. Diese kamen daher auch bey der Schenkung vor, ja für viele Fälle waren sogar die feyerlicheren Formen nothwendig. Hierin ist also der Rechtszustand viel einfacher geworden.

(c) § 40 *J. de rer. div.* (2. 1.).

(d) *L.* 4. 6. 10 *de don.* (39. 5.) Dahin gehört auch der schon oben angeführte Fall, da ich die Schenkung durch Auftrag an Denjenigen vollziehe, welcher mir die Sache schenken oder als Verkäufer tradiren wollte (§ 148. a).

halten soll (e). Dann als missio in possessionem, indem ihm erlaubt wird, einseitig den Besitz zu ergreifen, der nun so gelten soll, als hätte ihn der Geber persönlich eingehändigt (f). Endlich auch durch das sogenannte constitutum possessorium, indem der Geber erklärt, die Sache ferner nur im Namen und Auftrag des Empfängers besitzen, also dessen Besitz verwalten zu wollen. Eine Anwendung dieser letzten Form liegt in dem vorbehaltenen Niesbrauch, welcher Vorbehalt sogar ohne Rücksicht auf den wirklichen Genuß des Niesbrauchs, blos als Form augenblicklicher Tradition ohne äußerlich hervortretende Handlung, geschehen kann (g).

Der Tradition gleich wirkt die Dereliction, wenn sie in der bestimmten Absicht geschieht, daß ein Anderer das Eigenthum erhalte, mag nun dieser Andere eine bestimmte und bekannte, oder eine unbestimmte, unbekannte Person seyn. Diese Handlung wird geradezu als Veräußerung anerkannt (h), obgleich streng genommen Verlust und Er-

(e) *L.* 10 *de don.* (39. 5.) „sive, quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas."

(f) *L.* 6 *L.* 9 § 1 *de don.* (39. 5.), *L.* 6 *C. eod.* (8. 54.). Dahin gehört namentlich das auf den bloßen Fruchterwerb gerichtete Geschenk (§ 146); der Geber erlaubt dem Andern, die Früchte, sobald sie vorhanden sind, selbst in Besitz zu nehmen, und dann als geschenkt zu behalten.

(g) *L.* 28 *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.). — Savigny Besitz § 27 S. 373 Ausg. 6, Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 2 § 66. — Meyerfeld I. S. 95 fg. — Dieser Fall ist unter andern vorhanden, wenn nur auf wenige Tage der Niesbrauch vorbehalten wird.

(h) *L.* 5 *quae in fraud.* (42. 8.), *L.* 9 § 7 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), § 46 *J. de rer. div.* (2. 1.). — Ohne jene Absicht ist das Aufgeben des Besitzes (ja selbst des Eigenthums) keine Veräußerung. *L.* 119 *de R. J.* (50. 17.). Daher ist die Dereliction im All-

werb des Eigenthums nicht zusammen fallen, da der Verlust mit dem aufgegebenen Besitz augenblicklich eintritt (i), so daß zwischen ihm und dem Erwerb des Andern ein Zeitraum in der Mitte liegt, worin die Sache unbesessen und herrenlos war. Gewöhnlich wird diese Zwischenzeit so gering seyn, daß sie für die Betrachtung völlig verschwindet (k); sie kann sich jedoch auch zufällig weiter ausdehnen. Sobald indessen die Occupation nur nach dem Willen des früheren Eigenthümers geschieht, muß auch der ganze Hergang als Schenkung gelten, und den positiven Regeln jeder Schenkung unterworfen seyn. Denn zu dem in ihm anerkannten Character der Veräußerung (Note f), welcher allein etwa bezweifelt werden könnte, tritt unverkennbar hinzu die wirkliche Bereicherung des Empfängers, und die hierauf gerichtete Absicht des früheren Eigenthümers (l).

Mit dem Fall der Dereliction zum Vortheil eines Andern, könnte man vergleichen wollen den Fall, da der Ei-

gemeinen nicht als Veräußerung zu betrachten, sondern nur unter Voraussetzung jener besonderen Absicht.

(i) *L.* 1 *L.* 2 § 1 *pro derel.* (41. 7.).

(k) *L.* 1 *L.* 5 § 1 *pro derel.* (41. 7.), *L.* 9 § 7 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.), § 46 *J. de rer. div.* (2. 1.).

(l) Wollte man hierin keine Schenkung annehmen, so wäre Nichts leichter, als alle positive Regeln der Schenkung zu entkräften. Wenn z. B. ein großes Landgut derelinquirt, und gleich nachher durch Verabredung von einem Andern occupirt würde, so wäre weder das Verbot in der Ehe, noch die Vorschrift der Insinuation anwendbar. Dieses zu verhüten, sollten eben alle Fälle dieser Art als Veräußerung gelten (Note h), obgleich man daran, nach subtiler Betrachtung, hätte zweifeln können.

genthümer den Usucapionsbesitz eines Andern durch Klage zu stören absichtlich unterläßt, damit die Usucapion ablaufe, wodurch er also den Übergang des Eigenthums mit Bewußtseyn herbeyführt. Dennoch kann dieses an sich nicht als Schenkung gelten, weil es kein Rechtsgeschäft, ja überhaupt keine positive Handlung ist, ohne welche eine Schenkung nicht angenommen werden kann (m).

Als ein verstecktes Geldgeschenk kann man den unentgeldlich überlassenen Gebrauch einer Sache betrachten, da wo dieser überhaupt als Schenkung angesehen werden darf; unter derselben Voraussetzung auch die unentgeldliche Dienstleistung. Denn das Geschenk besteht hier in der That in der Geldsumme, die dem Andern als eine nothwendige Ausgabe erspart wird (§ 146. b. d).

Auch das beschränkte Eigenthum einer Sache kann durch Tradition übertragen, und als Schenkungsmittel gebraucht werden. Dieses kann geschehen, wenn der ideale Theil einer Sache geschenkt wird; sey es, daß der Geber selbst nur diesen Theil hatte, oder daß er den übrigen Theil für sich behalten will (n). — Ferner wenn das geschenkte Eigenthum durch jura in re beschränkt ist, sey es daß diese schon vorher darauf lasteten, oder daß der Geber bey der Schenkung sie darauf legt, also das Geschenk dadurch beschränkt, zum Beyspiel indem er den Niesbrauch

(m) S. o. § 144. — Der Beweis dieses Satzes, im Zusammenhang mit anderen, verwandten Sätzen, findet sich in der Beylage IX.

(n) Meyerfeld I. S. 123.

vorbehält, um diesen wirklich zu genießen, nicht als bloße Form der Tradition (Note e). — Endlich kann dahin auch der Fall gerechnet werden, wenn der Geber nicht das wahre Eigenthum, sondern nur ein diesem verwandtes Recht hat. So in dem älteren Recht das in bonis, und das Recht an Provinzialgrundstücken; so auch noch im heutigen Recht die b. f. possessio, von welcher sogleich noch weiter gehandelt werden wird.

§. 156.

V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeschäfte. 1. Dare. (Fortsetzung.)

Bey der Tradition als Schenkung bleibt nun noch der Fall zu betrachten übrig, da der Geber selbst das Eigenthum nicht hat, welches er übertragen will.

Daß er durch diese Handlung dem Eigenthümer kein Recht entziehen kann, ist für sich klar (a). Willigt der Eigenthümer ein, so geht sogleich Eigenthum über, indem es nun so betrachtet wird, als hätte zuvor der Eigenthümer durch brevi manu traditio das Eigenthum auf den Geber übertragen. Das Schenkungsverhältniß besteht jedoch nur zwischen dem Geber und dem Empfänger; der bisherige Eigenthümer hat zu dem Empfänger gar kein Verhältniß, dem Geber kann er haben schenken oder ver-

(a) *L.* 14. 21. 24 *C. de don.* (8. 54.), *L.* 2 *C. de usuc. pro don.* (7. 27.).

kaufen wollen, welches von den Beweggründen seiner Einwilligung abhängt (b).

Allein auch ohne des Eigenthümers Einwilligung fehlt es der Schenkung einer fremden Sache dennoch nicht an einer wichtigen positiven Wirkung. Sie dient nun als Usucapionstitel, welcher daher den Namen pro donato führt (c). Diese läßt sich auf zweyerley Weise denken: als bloßer Zusatz zu der schon dem Geber zustehenden b. f. possessio, die schon für sich ein selbstständiges Geschenk

(b) *L.* 9 § 2 *de don.* (39. 5.). „Quod filiusfamilias patris *jussu* aut *voluntate* donavit, perinde est, ac si pater *ipse donaverit*, aut si mea voluntate rem meam *tu nomine tuo Titio dones.*" Es werden hier zwey Fälle unterschieden. Wenn der Vater die Schenkung befiehlt (jussu), so ist der Vater selbst der donator, welcher sich nur zur Vollziehung einer Mittelsperson bedient (§ 155). Wenn er nur einwilligt (voluntate), so ist der Sohn donator, gerade wie bey der Einwilligung an einen unabhängigen Geber. In dem besonderen hier erwähnten Fall ist freylich, wegen der väterlichen Gewalt, weder Tradition noch Schenkung des Vaters an den Sohn möglich; die letzte Wirkung aber ist dieselbe, wie wenn ein Fremder in der Mitte stände. — Dasselbe kann nun auch in der Art geschehen, daß der Geber donationis causa einem Dritten aufträgt, eine diesem Dritten gehörende Sache dem Empfänger zu tradiren, z. B. Geld auszuzahlen; nun hat der Dritte gegen den Geber eine mandati actio auf Ersatz. *L.* 52 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.) „ut *traditio, quae mandante uxore* mortis causa facta est" . . . Ähnliche Fälle in *L.* 19 § 3 *de don.* (39. 5.), *L.* 26 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(c) Darauf gehen die beiden Titel Dig. 41. 6, Cod. 7. 27. — Einen allgemeinen Widerspruch gegen den aufgestellten Grundsatz könnte man finden in *L.* 9 § 3 *de don.* (39. 5.). „Donari non potest, nisi quod ejus fit cui donatur." Ursprünglich gieng das auf die L. Cincia, und wollte sagen, zur vollgültigen Schenkung einer res mancipi sey Mancipation nöthig, Tradition nicht hinreichend. Jetzt hat es denselben allgemeinen Sinn, wie die in Note a angeführten Stellen. Vgl. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. 4 S. 40.

enthält (§ 155); oder auch allein stehend, wenn nämlich dem Geber das redliche Bewußtseyn, oder der Titel fehlt, so daß eine Usucapion überhaupt in dem Empfänger allererst anfängt, und mit ihr zugleich auch die b. f. possessio, die also in diesem Fall nicht als ein übertragenes Recht betrachtet werden kann, und auch nicht durch accessio possessionis unterstützt und erleichtert wird.

Nun entsteht aber die wichtige Frage, ob dieser Fall auch als eigentliche Schenkung zu betrachten ist, in dem Sinn daß darauf die Nothwendigkeit der Insinuation, das Verbot in der Ehe, der Widerruf wegen Undankbarkeit, anzuwenden sind.

Das würde dann die Folge haben, daß die Schenkung einer fremden Sache, da wo sie in das Gebiet jener einschränkenden Regeln fiele, auch nicht einmal als Usucapionstitel tauglich wäre. Dieses möchte man nun in der That anzunehmen aus folgendem Grunde geneigt seyn. Wenn ein Ehemann seine eigene Sache der Frau schenkt, so unterbleibt nicht nur der unmittelbare Übergang des Eigenthums, sondern es tritt auch keine Usucapion als Aushülfe für jenen Mangel ein; die Frau hat vielmehr keine civilis possessio (d), das heißt sie kann gar nicht usucapiren (e). Der Grund liegt darin, daß es der Frau

(d) Savigny Recht des Besitzes § 7.

(e) *L.* 1 § 2 *pro don.* (41. 6.). „Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio." Das geht zunächst und am einfachsten auf den hier angenommenen Fall, da der Geber Eigenthümer der Sache ist. Selbst im Fall der Scheidung (heißt es weiter) fängt keine Usucapion an, außer „si eam maritus conces-

an allen Bedingungen der Usucapion fehlt; sie hat keinen Titel, da ein verbotenes, nichtiges Rechtsgeschäft einen solchen nicht abgeben kann; sie hat keinen redlichen Besitz, da sie weiß, daß sie eine fortwährend fremde Sache besitzt (f). Dasselbe möchte man nun auch erwarten, wenn der Geber nicht Eigenthümer ist, sondern eine fremde Sache schenkt; auch hier scheint der Titel sowohl, als der redliche Besitz, zu fehlen. Und doch ist es hier theilweise anders. Die bestimmteste Stelle hierüber, von Pomponius, lautet also:

L. 3 *pro don.* (41. 6.). „Si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, *si pauperior is qui donasset non fieret*, usucapionem possidenti procedere."

Hier werden also zwey Fälle unterschieden. Erstlich, wenn der Geber durch die Schenkung ärmer wird, das

serit, quasi nunc donasse intelligatur." Denn in diesem Augenblick ist ja die Schenkung erlaubt. (Von dieser concessio vgl. *L.* 32 § 10 *de don. int. vir.* 24. 1.). Man könnte fragen, wozu jetzt noch eine Usucapion erfordert werde, da die gültige Schenkung schon von selbst Eigenthum überträgt. Ohne Zweifel dachte Paulus an eine res mancipi, die einer ergänzenden Usucapion bedurfte, weil jene concessio nur als Tradition wirken konnte. — Von einer ähnlichen concessio, wie sie in *L.* 1 § 2 *cit.* vorausgesetzt wird, muß auch erklärt werden der Schluß von *L.* 24 *de don. int. vir.* (24. 1.). „.. altero, quod fuerit vitium, amotum sit." Quod steht hier für si quod, so daß die Regel alle mögliche Fälle umfaßt, es mag ein vitium da gewesen seyn, oder nicht.

(f) *L.* 19 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „.. hoc enim b. f. possessoribus concessum est: *virum autem scientem alienum possidere.*" Dasselbe muß auch für die Frau gelten, und selbst nach dem älteren Recht, und selbst wenn sie das gesetzliche Verbot der Schenkung nicht gekannt hätte.

heißt wenn es eine eigentliche, wahre Schenkung ist; nun soll in der That die Usucapion gehemmt seyn, ganz wie bey dem Geschenk der eigenen Sache, und aus denselben Gründen. Dieser Fall ist nun so zu denken, daß der Geber selbst eine b. f. possessio, also den Usucapionsbesitz, hatte. Durch das Weggeben desselben opfert er ein wahres Recht auf (§ 155), wird also ärmer. Daher fehlt es an einem gültigen Rechtstitel, und der Empfänger kann nicht usucapiren (g). — Zweytens, wenn der Geber durch die Schenkung nicht ärmer wird, soll die Usucapion gelten. Dieser Fall ist so zu denken, daß der Geber selbst keinen Titel oder keinen redlichen Besitz hatte, in welchem Fall er nicht ärmer wird, weil er gar kein Recht hat, das er verlieren könnte. Warum soll nun hier die Usucapion gültig seyn? An einem gültigen Rechtstitel fehlt es freylich nicht, da auf diesen Fall das gesetzliche Verbot gar nicht anwendbar ist (h). Dagegen scheint hier im-

Denn obgleich nach dem älteren Recht die Rechtsunwissenheit den Frauen in der Regel nachgesehen wurde, so litt doch gerade bey Schenkungen diese Regel eine Ausnahme. Vgl. Beylage VIII. Num. VIII. und Num. XXXI. d.

(g) Im neuesten Recht ist dieses der einzige Fall; im älteren Recht kam noch der andere Fall hinzu, wenn der Geber die Sache in bonis hatte; z. B. der Mann hatte ein Haus blos tradirt erhalten (nicht mancipirt), und verschenkte es nun vor Ablauf der Usucapion an die Frau. — In beiden Fällen tritt die merkwürdige und bedenkliche Folge ein, daß der Beschenkte nicht usucapiren kann, der Geber aber auch seine bisherige Usucapion nicht mehr fortsetzt, indem dieselbe dadurch unterbrochen ist, daß der Beschenkte wahren Besitz erworben hat. *L.* 1 § 4 *de adqu. poss.* (41. 2.), *L.* 1 § 2 *in f. pro don.* (41. 6.).

(h) Hier tritt recht deutlich, und in praktischer Wirksamkeit, der oben bemerkte Unterschied der po-

mer noch der redliche Besitz zu fehlen (Note f). Da indessen die Römischen Juristen hieran keinen Anstoß nehmen, so müssen sie sich wohl die Sache so gedacht haben. Der Beschenkte nimmt zwar allerdings an, die Sache sey noch in fremdem Eigenthum, nämlich in dem des Gebers (des andern Ehegatten). Da nun aber diese Annahme auf einem factischen Irrthum beruht, so wird sie als unschädlich behandelt, und der Besitzer gilt als redlich, weil er von dem Recht des wirklichen Eigenthümers in der That Nichts weiß (i).

Dieselbe Regel wird auch anerkannt in folgender Stelle, welche gleichfalls keinen Zweifel wegen eines unredlichen Besitzes durchblicken läßt:

L. 25 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Sed et si, constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum ... etsi non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, *ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit* ....." (k).

sitiven und negativen Seite der Schenkung hervor (§ 142. 143), der in den meisten übrigen Anwendungen wenig bemerklich wird. Die Handlung ist hier nämlich insofern eine Schenkung, als sie einen Titel zur Usucapion, und zwar ganz gewiß einer usucapio pro donato, abgiebt. Sie ist dagegen insofern keine Schenkung, als sie unter Ehegatten vorgeht, und dennoch nicht unter das Verbot der Schenkung in der Ehe fällt.

(i) Beylage VIII. Num. XV. a. — Man kann das, mit einem anderwärts vorkommenden Ausdruck, so bezeichnen: plus est in re quam in existimatione. — Vergl. Faber conject. VII. 13. Retes de don. int. vir. C. 10 § 5 (Meerm. T. 6). Glück B. 26 S. 41—46. Unterholzner Verjährung B. 1 S. 395.

(k) Ich übergehe hier die übri-

Die Regel selbst wird hier so ausgedrückt, als ob die Usucapion allgemein gelten sollte, ohne Unterschied ob der Geber durch die Schenkung ärmer werde oder nicht. Allein der hinzugefügte Grund zeigt, daß der Verfasser (Terentius Clemens) ganz mit der oben dargestellten Unterscheidung des Pomponius übereinstimmt, und also die Usucapion nicht gelten lassen will, wenn auch schon der Geber eine b. f. possessio gehabt haben sollte.

Die alten Juristen haben diese Regeln, wie gewöhnlich, an der Schenkung unter Ehegatten entwickelt; sie können aber unbedenklich eben so auch auf die Schenkung mit versäumter Insinuation angewendet werden. Wenn also der unredliche Besitzer eines fremden Hauses, welches 2000 Dukaten werth ist, dieses ohne Insinuation an einen redlichen Empfänger verschenkt, so kann dieser das ganze Haus pro donato usucapiren. Hätte der Geber die b. f. possessio gehabt, so würde für den überschießenden Theil des Werthes die Usucapion nicht gelten. Nach dem Ablauf der Usucapion muß es nämlich so betrachtet werden, als wäre sogleich das wahre Eigenthum verschenkt worden (§ 166).

Jura in re können in sehr verschiedener Weise zum Zweck einer Schenkung gebraucht werden (l).

gen Theile der Stelle, welche von der mortis causa donatio handeln, aus der Lex Julia zu erklären sind, und aller vorgeschlagenen Emendationen gar nicht bedürfen. Vergl. Glück B. 26 S. 39—46.

(l) Für diese und alle folgende

Der Eigenthümer kann schenken, indem er unentgeldlich einen Niesbrauch constituirt: der Fructuar, indem er ihn unentgeldlich dem Eigenthümer zurück giebt (m). Eben so kann der Fructuar die Benutzung des Niesbrauchs als Schenkung einem Andern überlassen (n); jedoch gehört dieses mehr zum verschenkten Eigenthum, nämlich an den künftig entstehenden Früchten (§ 146. f), da in der Substanz des jus in re selbst gar keine Veränderung eintritt.

Eben so kann der Usus schenkungsweise constituirt (o), oder auch dem Eigenthümer zurückgegeben werden. Den Genuß desselben einem Andern zu überlassen, ist überhaupt unzulässig, also auch zum Zweck der Schenkung (p). Auf gleiche Weise verhält es sich mit den Prädialservituten (q).

Arten der Schenkung gilt die Regel der *L.* 9 *pr. de don.* (39. 5.). „Potest enim et citra corporis donationem valere donatio." Diese Stelle allein würde schon zeigen, daß *L.* 9 § 3 *eod.* (Note c) nicht in der buchstäblichen Allgemeinheit verstanden werden dürfe, wie es ihren Worten nach allerdings denkbar wäre.

(m) *L.* 66. 78 *de j. dot.* (23. 3.), *L.* 57 *sol. matr.* (24. 3.). Diese Stellen sprechen allerdings nicht von der Schenkung, sondern von der Dos, die vermittelst eines Ususfructus bestellt werden kann. Beide Rechtsinstitute unterscheiden sich jedoch nur durch den Zweck des Gebens, und so können jene Stellen auch für die Schenkung benutzt werden, nur daß bey dieser die Schwierigkeiten nicht vorkommen können, die bey der Dos aus der regelmäßigen Rückgabe am Ende der Ehe entstehen, und wovon der größte Theil der angeführten Stellen handelt.

(n) *L.* 12 § 2, *L.* 38, *L.* 40 *de usufr.* (7. 1.).

(o) Darauf geht *L.* 27 *de don.* (39. 5.), vgl. § 153 Note l. u. o.

(p) *L.* 10 *pr. L.* 11 *L.* 12 § 6 *de usu* (7. 8.).

(q) *L.* 17 *comm. praed.* (8. 4.). — Man kann fragen, durch welche Rechtsform Servituten aller Art schenkungsweise constituirt werden können. Dieses fällt jedoch zusammen mit der allgemeineren Streitfrage, ob zu ihrer Errichtung Vertrag hinreichend, oder Tradition nöthig ist. — Über die Frage, ob die Zerstörung ei-

Noch weit unbedenklicher ist die Verwendung der Emphyteuse zum Zweck einer Schenkung. Diese kann geschehen, indem der Eigenthümer eine solche errichtet, der Emphyteuta sie zurückgiebt, oder derselbe Emphyteuta sie an einen Dritten veräußert (r). Ganz eben so verhält es sich auch mit der Superficies (s).

Das Pfandrecht kann nicht zum Zweck einer Schenkung benutzt werden, weil dadurch das Vermögen überhaupt nicht erweitert, sondern nur gegen möglichen Verlust gesichert wird (§ 149).

§. 157.

V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeschäfte. 2. Obligare.

Die zweyte Klasse der Schenkungsmittel (§ 155) besteht darin, daß der Beschenkte durch eine ihm verschaffte Schuldforderung bereichert wird. Diese zerfällt aber wieder in zwey Arten, je nachdem eine Forderung an den Geber, oder an einen Dritten, als Schenkung dienen soll.

Die Forderung an den Geber als Schenkung ist Das, was man das Schenkungsversprechen zu nennen pflegt, und welches viele neuere Schriftsteller als Hauptfall aller Schenkung willkührlich aufgefaßt haben (§ 142). Der Name Schenkungsversprechen könnte leicht zu der Ansicht führen, als wäre das nachfolgende Geben die eigentliche

ner Servitut durch Nichtgebrauch als Schenkung gelten könne, vgl. Beylage IX.

(r) § 3 *J. de loc.* (3. 24.), *L.* 1 *C. de fundis patrim.* (11. 61.).

(s) *L.* 1 § 7 *de superfic.* (43. 18.).

Schenkung, welche nur durch das vorhergehende Geben nothwendig würde. Dieses wäre aber ganz irrig. Das Versprechen ist die wahre und einzige Schenkung, wodurch die Bereicherung schon vollständig bewirkt wird (a), das nachfolgende Geben ist die bloße Bezahlung einer Schuld, folglich durchaus keine Schenkung (b).

Über die Form dieses Vertrags ist Folgendes zu bemerken. Im älteren Recht wurde dazu regelmäßig die Stipulation angewendet. Auch der Literalcontract konnte zu demselben Zweck angewendet werden, sowohl in seiner älteren Form, durch die von allen Römern geführten Hausbücher (c), als in der späteren Form, durch die vermittlenden Bücher der Argentarien, welche übrigens im Justinianischen Recht gleichfalls verschwunden ist. Durch Constitutum war eine Schenkung nie möglich; denn entweder war schon eine, wenigstens naturale, Obligation

(a) *L.* 49 *de V. S.* (50. 16.).

(b) Vergl. oben § 149. — Die Wichtigkeit dieser Unterscheidung zeigt sich in folgenden Anwendungen. Wenn eine große Summe schenkungsweise versprochen wird, unter Anwendung der Insinuation, so bedarf die Auszahlung keiner Insinuation. Wenn ein Schenkungsversprechen zwischen Mann und Frau vor der Ehe gegeben war, so ist die Auszahlung während der Ehe eine gültige Handlung.

(c) Sehr gründlich handelt davon Meyerfeld I. S. 168 fg. — Nicht beweist dagegen *L.* 26 *de don.* (39. 5.), welche von der bloßen Eintragung in ein gewöhnliches Rechnungsbuch zu verstehen ist, nicht von jenem formellen Contract. Denn theils war die ältere Form durch die Hausbücher der Privatpersonen zur Zeit des Pomponius längst verschwunden, theils wäre in dieser Stelle höchstens die Erwähnung einer bloßen acceptilatio enthalten, anstatt daß der alte Literalcontract gerade auf der expensilatio beruhte.

vorhanden, dann war deren Verwandlung in eine civile keine Schenkung (§ 149): oder es fehlte eine solche, dann war auch das Constitutum wirkungslos (d). — Im Justinianischen Recht ist dieses Alles dadurch vereinfacht und erleichtert, daß auch der formlose Vertrag für klagbar erklärt worden ist (e), wodurch also das gewöhnliche Schenkungsversprechen, seiner Form nach, den Consensualcontracten gleich steht (f). — Das Schenkungsversprechen an eine Stadtgemeine (pollicitatio), oder zum Götterdienst (votum) führt wohl auch zuweilen den Namen donatio (g); dennoch stand es nie unter den einschränkenden Regeln wahrer Schenkung. Die Lex Cincia war darauf nicht anwendbar (h), und wenngleich es unter den speciellen Ausnahmen von der Nothwendigkeit der Insinuation nicht erwähnt wird, so kann doch diese nicht darauf bezogen wer-

(d) *L.* 3 § 1 *de pec. const.* (13. 5.), vgl. mit *L.* 1 § 1. 7 *eod.* — Meyerfeld I. S. 185 fg.

(e) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.), § 2 *J. de don.* (2. 7.), *Nov.* 161 *C.* 1. Seltsamerweise beschränkt dieses Donellus XIII. 22 § 7. 8 auf Verträge de praesenti, d. h. worin Einer sagt: dono tibi hanc rem, so daß ein auf die Zukunft gerichtetes Versprechen nicht klagbar seyn soll; jene donatio in praesens concepta soll eine fingirte Tradition in sich schließen. Alles ganz willkührlich.

(f) Ich sage: das gewöhnliche Schenkungsversprechen, im Gegensatz desjenigen, welches 500 Dukaten übersteigt. Denn für dieses Übermaas ist die Insinuation nöthig, gerade so wie bey der Schenkung durch Tradition, also gar nicht etwa um die mangelhafte Form des Vertrags zu ergänzen.

(g) *L.* 9 *L.* 13 § 1 *de pollic.* (50. 12.).

(h) *L.* 19 *pr. de don.* (39. 5.), *L.* 3 § 1 *de pollic.* (50. 12.), beide Stellen mit sichtbarem Gegensatz gegen die der L. Cincia unterworfenen Fälle eigentlicher Schenkung. — Eben so bey dem votum. *L.* 2 *de pollic.* (50. 12.).

den, eben weil die pollicitatio als ein von der donatio ganz verschiedenes Rechtsinstitut behandelt, und meist auch wörtlich bezeichnet wird (i).

Das Schenkungsversprechen hat, in Vergleichung mit anderen obligatorischen Verträgen, folgende Eigenheiten. Der Schuldner zahlt keine Verzugszinsen (k). Er hat, wenn er verarmt, das sogenannte beneficium competentiae, und zwar mit der besondern Begünstigung, daß er seine übrigen Schulden vorweg abziehen kann, um, dem Kläger gegenüber, sein Unvermögen zu begründen (l). Er haftet, wenn die Sache untergeht oder verdorben wird, nur für den Dolus und grobe Nachlässigkeit (m); desgleichen wegen der Eviction und der ädilizischen Klagen nur im Fall des Dolus (n).

(i) Daß es nicht nach den Regeln der donatio behandelt werden sollte, erhellt auch aus dem hier ganz eigenthümlichen, exceptionellen Schutz der Erben gegen die übertriebene Größe des Versprechens. *L.* 6 *pr. L.* 9 *L.* 14 *de pollic.* (50. 12.). Ferner daraus, daß hier Verzugszinsen gefordert werden können (*L.* 1 *pr. eod.*), die bey der Schenkung nicht gelten.

(k) *L.* 22 *de don.* (39. 5.).

(l) *L.* 12 *L.* 33 *pr. de don.* (39. 5.), *L.* 19 § 1 *L.* 30 *L.* 41 § 2 *de re jud.* (42. 1.), *L.* 33 *de j. dot.* (23. 3.).

(m) Nach dem allgemeinen Princip in *L.* 5 § 2 *commod.* (13. 6.), *L.* 108 § 12 *de leg.* 1 (30. un.). Daß in diesen Stellen die Regel blos auf Contracte, ja nur auf b. f. Contracte gestellt wird, hindert diese Anwendung nicht, denn auch in *L.* 108 *cit.* wird die Regel analogisch auf die Legate angewendet; noch näher liegt aber die Anwendung auf das Schenkungsversprechen.

(n) *L.* 18 § 3 *de don.* (39. 5.), *L.* 62 *de aedil. ed.* (21. 1.). Auch im Fall des Dolus können hier die Klagen nicht, wie bey Kaufcontracten, auf Verminderung oder auf Rückgabe des Kaufgeldes u. s. w. gehen, da kein Kaufgeld vorhanden ist, sondern nur auf Ersatz Desjenigen, was etwa der Beschenkte aus eigenem Vermögen auf die Sache verwendet hat,

Auch auf indirecte Weise kann eine Schuld übernommen werden zum Zweck der Schenkung. So wenn Derjenige, welcher durch eine Exception gegen des Andern Klage geschützt war, diese Exception wissentlich aufgiebt (o); eben so wenn er auf irgend eine andere Weise absichtlich bewirkt, daß er verurtheilt werde, oder die ungegründete Schuld in jure eingesteht (p).

Die zweyte Art der durch Obligation bewirkten Schenkung besteht darin, daß dem Beschenkten eine Schuldforderung an einen Dritten verschafft wird.

Diese Schuldforderung kann eine solche seyn, welche erst jetzt erzeugt, und in demselben Augenblick zur Schenkung verwendet wird. So wenn Jemand sein eigenes Geld als Darlehen giebt, aber im Namen Desjenigen, den er mit dieser Forderung beschenken will, und zwar so daß Dieser entweder sich die Rückzahlung durch eigenen Vertrag von dem Schuldner versprechen läßt, oder daß er darüber mit dem Geber einverstanden war, in welchem Fall es eben so gut ist, als wäre das Geld (durch constitutum) in sein Eigenthum gekommen (q). Eben so durch

und wodurch er also jetzt ärmer werden würde, als er vor der Schenkung war.

(o) *L.* 12 *de novat.* (46. 2.). „... similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur."

(p) *L.* 1 § 7 *si quid in fraud.* (38. 5.). „Si quidem condemnatus est data opera, vel in jure confessus, dicendum erit Favianam locum habere." Dasselbe, was hier als Grund der Faviana anerkannt wird, muß auch als Schenkung gelten, wenn es in anderen Fällen zur Bereicherung des Gegners geschieht.

(q) *L.* 34 *pr. de don.* (39. 5.).

ein Depositum, welches nicht dem Überbringer, sondern einem Andern (dem Beschenkten), zurück gegeben werden soll, gleichfalls unter der Voraussetzung, daß dieser selbst an dem Vertrag Theil nehme (r). Ganz besonders auch

„Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam foeneravit, *eamque filius stipulatus (est)* ipso jure perfectam donationem, ambigi non potest." Diese Stelle redet von einem Vertrag des Beschenkten mit dem Schuldner. Für die Übereinkunft zwischen dem Geber und dem Beschenkten (mit constitutum possessorium) wird dasselbe anerkannt in *L.* 2 § 4 *L.* 9 § 8 *de reb. cred.* (12. 1.). (In der letzten Stelle geht das absente te et ignorante auf den Augenblick der Vollziehung, die vorhergehende voluntas wird vorausgesetzt, wie die nachfolgenden Worte des bestätigenden Julian zeigen). — Fehlt nun aber beiderley Theilnahme des Schuldners, so ist noch nicht perfecta donatio, und es gilt nur als ein Auftrag an den Schuldner, künftig dem Empfänger zu tradiren, durch welche Tradition die Schenkung dann erst perfect wird. *L.* 19 § 3 *de don.* (39. 5.) (vgl. § 160. o). — Einen Widerspruch gegen diese Behauptungen könnte man finden wollen in *L.* 35 § 2 *de don.* (39. 5.). Hier heißt es, eine Großmutter habe für ihren Enkel Labeo ihr Geld als Darlehen gegeben. „Respondit, *cum debitor Labeoni obligatus est* (oder esset), perfectam donationem esse." Das will sagen: die Schenkung ist nur dann perfect, wenn Labeo eine Forderung gegen den Schuldner (auf einem der oben angegebenen Wege) erworben hat. Die Worte: cum debitor etc. haben also eine einschränkende Bedeutung, und gereichen so zur Bestätigung der aufgestellten Sätze.

(r) In *L.* 31 § 3 *de don.* (39. 5.) heißt es von dem bloßen, auf den Namen eines Andern gegebenen, Depositum: „non videri celebratam donationem respondi." Anders ist es, wenn das, mit übertragenem Eigenthum verbundene, Depositum in Gegenwart des Beschenkten geschlossen wird; denn nun ist der Fall ganz ähnlich dem des Darlehens mit constitutum possessorium (Note q). *L.* 31 § 1 *eod.* — Kein Widerspruch liegt in *L.* 6 *C. de don. int. vir.* (5. 16.) „etsi donasse te uxori res tuas *ex hoc quis intelligat*;" denn hier wird das Daseyn wahrer Schenkung dahin gestellt, und nur wegen des durchgreifenden Verbots der Schenkung in der Ehe für gleichgültig erklärt.

durch die Dos, welche ein Fremder dem Ehemann giebt oder verspricht; denn darin liegt stets eine Schenkung des Gebers an die Frau, welche dadurch in der Regel die dotis actio gegen den Mann, für den Fall der Auflösung der Ehe, erwirbt. Hier ist nicht einmal eine Theilnahme der Frau an dem Vertrag nöthig, indem sie selbst ohne ihr Wissen die dotis actio erwirbt (s). — Bey diesen Fällen könnte wieder der Zweifel entstehen, ob nicht blos ein möglicher Erwerb ausgeschlagen werde, welches keine wahre Schenkung ist (§ 145). Allein der Geber thut hier in der That Alles, was zum eignen Erwerb einer Forderung nöthig ist; indem er nun diese Forderung unmittelbar auf den Beschenkten hinüber leitet, liegt darin nur eine natürliche Abkürzung des Geschäfts. Es ist völlig eben so, als hätte er die Forderung erst für sich erworben, und dann an den Anderen cedirt (§ 148. a). — Dieselbe Art der Schenkung ist auch darin enthalten, wenn der Geber donationis causa einem Dritten Auftrag giebt, dem Empfänger Etwas zu versprechen; nun hat der Dritte

(s) *L.* 9 § 1 *L.* 33 *in f. L.* 43 § 1 *de j. dot.* (23. 3.), *L.* 5 § 5 *de doli exc.* (44. 4.), *L. un.* § 13 *C. de rei ux. act.* (5. 13.). Daß hier manche Modificationen in Ansehung der Insinuation, aus besonderer Begünstigung der Dos, eintreten, kann die allgemeine Schenkungsnatur dieses Falles nicht zweifelhaft machen, ja es dient noch zu ihrer Bestätigung. — Eben so ist es aber auch im umgekehrten Fall eine Schenkung, wenn die Frau selbst die Dos giebt, und einem Dritten, den sie beschenken will, die Rückforderung zu stipuliren erlaubt. *L.* 11 *de dote praeleg.* (33. 4.).

gegen den Geber eine mandati actio contraria auf Entschädigung (s[1]).

Es kann aber auch die Schuldforderung schon früher bestanden haben, und nun, zum Zweck der Schenkung, übertragen werden. — Eine solche Übertragung kann geschehen durch Cession, die dann ganz die Natur einer Schenkung annimmt (t). — Noch wirksamer geschieht sie durch eine Delegation, indem der Glaubiger, welcher einen Dritten beschenken will, seinen Schuldner auffordert, diesem Dritten zu expromittiren (u). Darin liegt eine wahre Schenkung des ursprünglichen Glaubigers an den Dritten (v).

(s[1]) *L.* 52 § 1 *de don. int vir.* (24. 1.). „Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur." Hier hatte die Frau das Mandat ihrem (präsumtiven) Erben gegeben; wurde nun dieser späterhin wirklich Erbe, so gieng die mandati actio durch confusio unter: wurde er es nicht (z. B. indem er ausschlug), so konnte er jene Klage gegen den Erben anstellen, wenn die Schenkung durch den früheren Tod der Frau confirmirt wurde.

(t) *L.* 2. 3 *C. de don.* (8. 54.). Nach der allgemeinen Natur der Cession konnte die geschenkte Forderung nur dann auf die Erben des Beschenkten übergehen, wenn die Litiscontestation vorüber war; davon wurde zum Vortheil des Beschenkten eine besondere Ausnahme zugelassen in *L.* 33 *C. de don.* (8. 54.). Seitdem *L.* 35 *C. eod.* das Schenkungsversprechen allgemein klagbar gemacht hat, ist diese Ausnahme entbehrlich; denn die nothwendige Cession führt auch ohne Litiscontestation eine utilis actio mit sich, welche stets vererblich ist.

(u) *L.* 2 § 1 *de don.* (39. 5.), *L.* 11 *C. eod.* (8. 54.). — Auf Delegation und Cession zugleich geht Fragm. Vatic. § 263 „.. nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus, actiones novavit .."

(v) *L.* 21 § 1 *de don.* (39. 5.). Vgl. Beylage X. Num. VII.

Ein complicirterer Fall ist der, wenn A dem B, und eben so B dem C 1000 schenken will, nun aber B den A auffordert, diese 1000 dem C zu promittiren; hier ist eine Schenkung zwischen A und B, desgleichen zwischen B und C, aber nicht zwischen A und C, das heißt gerade zwischen den einzigen Personen, zwischen welchen jetzt überhaupt ein Schuldverhältniß besteht (w).

Wer Bürgschaft leistet, schenkt dadurch niemals dem Glaubiger, da dessen Vermögen durch keinen neuen Bestandtheil erweitert, sondern nur in einem schon vorhandenen Theil gesichert wird (§ 149. d).

§. 158.

V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeschäfte. 3. Liberare.

Jede Befreyung von einer Schuld ist wahre Bereicherung des Schuldners (a). Sind nun auch die übrigen Erfordernisse einer Schenkung dabey vorhanden, so liegt darin eine wahre Schenkung. Der Betrag derselben ist stets gleich dem Betrag der aufgehobenen Schuld, selbst wenn der Schuldner insolvent gewesen seyn sollte (b). Denn obgleich hier die Befreyung von einer einzelnen Schuld,

(w) *L.* 2 § 2 *L.* 33 § 3 *de don.* (39 5.), *L.* 41 *pr. de re jud.* (42. 1.). Wenn daher C gegen A aus dem Versprechen klagt, so kann sich A auf das beneficium competentiae nicht berufen. *L.* 115 *pr. de R. J.* (50 17.), *L.* 20 *quod. metus* (4. 2.), *L.* 11 *pr. de acceptil.* (46. 4.).

(b) *L.* 31 § 1. 4 *de mortis causa don.* (39. 6.), *L.* 22 § 3 *L.* 82 *ad L. Falcid.* (35. 2.): „ipse sibi solvendo videtur, et, quod ad se attinet, dives est."

die ohnehin nicht gezahlt werden konnte, factisch als gleichgültig erscheint, so ist dennoch die Erweiterung des Vermögens unzweifelhaft. Denn das Vermögen gilt stets als eine unbestimmte Größe, wobey nicht blos die Summe als unbestimmt gedacht werden muß, sondern selbst der positive oder negative Totalwerth. Sollte also das Vermögen auch eine negative Größe seyn, so liegt doch, juristisch betrachtet, in jeder Verminderung des Minus eine ganz gleichartige Veränderung, wie wenn bey einem Vermögen von positivem Werth das Plus erhöht wird.

Die Forderung nun, wovon der Beschenkte befreyt werden soll, kann entweder dem Geber selbst zustehen, oder einem Dritten.

Die Schenkung durch Erlaß einer eigenen Forderung geschieht am einfachsten und häufigsten durch Vertrag. Dieser Erlaßvertrag konnte bey den Römern sowohl eine Acceptilation, als ein bloßes Pactum seyn. Die Acceptilation wirkte, wie überall, so auch im Fall der Schenkung, am vollständigsten (c); doch konnte auch sie nur dann als Schenkung gelten, wenn die Forderung rechtsgültig war; stand dieser ohnehin eine wirksame Exception entgegen, so daß die Acceptilation nur angewendet wurde, um jeden Schein einer Schuld zu tilgen, so lag darin keine Schenkung, weil der Schuldner nicht reicher dadurch wurde (d).

(c) *L.* 17 *de don.* (39. 5.), *L.* 2 *C. de acceptil.* (8. 44.).

(d) Vgl. § 149. — Der hier angenommene Fall ist vollständig an-

Auch das bloße Pactum konnte schon bey den Römern als wahre Schenkung gelten, da es von der Schuld wirksam befreyte (e). In der Regel geschah dieses zwar nur per exceptionem, welches jedoch auch schon hinreichend war: in einigen ausgenommenen Fällen wirkte es sogar ipso jure (f), welches im heutigen Recht allgemein angenommen werden muß. — Ein solcher Erlaßvertrag kann auch stillschweigend, das heißt durch Handlungen die den Willen bestimmt offenbaren, geschlossen werden (g). — Dagegen ist ein einseitiger Verzicht, bey der Schenkung wie zu anderen Zwecken, ganz unwirksam; aber durch die Annahme von Seiten des Schuldners nimmt er die Natur

gegeben in *L.* 3 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 2 § 3 *de doli exc.* (44. 4.).

(e) *L.* 1 *de transact.* (2. 15.). „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero *paciscitur donationis causa*, rem certam et indubitatam *liberalitate remittit*." Die Worte donationis causa gehören, als einschränkende Bestimmung, zu paciscitur; pactum also ist das genus, Arten desselben sind die transactio und der Erlaß als Schenkung. (Vgl. *L.* 2 *eod.*, Bartolus in *L.* 1 *cit.* und nach ihm viele Andere. Dennoch ist selbst in den neuesten Ausgaben das Komma irrig hinter paciscitur gesetzt). Der angegebene Unterschied beider Geschäfte liegt im Wesen der Sache; wenn auch die Parteyen den Ausdruck donatio irrig anwenden, so ändert das in der Sache Nichts. (Vgl. *L.* 15 § 4 *locati* 19. 2.). — *L.* 1 § 1 *quib. mod. pign.* (20. 6.), *L.* 28 § 2 *de pactis* (2. 14.), *L.* 52 § 26 *de furtis* (47. 2.), *L.* 15 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.).

(f) *L.* 17 § 1 *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14.), *L.* 17 § 6 *de injur.* (47. 10.).

(g) So z. B. nicht selten durch Rückgabe des Schuldscheins. *L.* 2 § 1 *de pactis* (2. 14.). (Vergl. § 131). Andere Fälle, worin ein solcher Vertrag durch Interpretation angenommen wird, finden sich in *L.* 17 § 1 *de usur.* (22. 1.), *L.* 26 *de prob.* (22. 3.). Mit Unrecht hat man aus diesen blos casuistischen Stellen Rechtsregeln ableiten, oder andere Rechtsregeln widerlegen wollen.

eines Vertrags an, und wirkt nun auf die so eben dargestellte Weise. So lange diese Annahme fehlt, kann der Verzicht stets zurückgenommen werden, und ein solcher Widerruf liegt von selbst in der angestellten Klage, so wie in der außergerichtlichen Einforderung (h). — Eine zweydeutige Natur hat die Erklärung eines Glaubigers, daß der Andere ihm Nichts mehr schuldig sey, daß er Alles gezahlt habe; es hängt von den Umständen ab, ob dieselbe als Ausdruck eines Erlaßvertrags, oder blos als Quittung zu betrachten ist, in welchem letzten Fall sie gar keine Wirkung hat, wenn sie erweislich auf Irrthum beruht (i). — Der Erlaß, welchen ein Glaubiger dem Bürgen gewährt, ist keine wahre Schenkung. Denn da die Übernahme der Bürgschaft nicht als Bereicherung des Glaubigers betrachtet wird (§ 149. d), so ist auch jener Erlaß keine Verminderung seines Vermögens, folglich auch keine Schenkung.

Die Befreyung des Schuldners von der eigenen Forderung des Gebers kann auch indirecterweise, ohne Vertrag, bewirkt werden. So wenn der Glaubiger die

(h) Sehr erschöpfend hat diese Frage behandelt Meyerfeld I. S. 208. Viele Praktiker haben die entgegengesetzte Meynung. Vgl. Kind quaest. for. T. 4 C. 59. — Einen Widerspruch könnte man finden wollen in *L.* 18 § 2 *de m. c. don.* (39. 6.) und *L.* 28 *eod.*; vergl. über diese Stellen § 170. cc.

(i) *L.* 40 *pr. de pactis* (2. 14.), *L.* 6 *L.* 13 *C. de solut.* (8. 43.). Selbst wenn sich eine Acceptilation auf Irrthum gründete, galt dagegen die condictio indebiti; die bloße Quittung bedarf dieser nicht einmal, da sie kein Rechtsgeschäft, sondern nur ein Beweismittel ist.

Schuld einklagt, aber den Prozeß absichtlich dergestalt führt, daß er abgewiesen werden muß (k). Eben so wenn er es gar nicht zu einem eigentlichen Verfahren kommen läßt, indem er vor Gericht eingesteht, daß ihm der Andere Nichts schuldig sey (l).

In den bisher dargestellten Fällen war die Schuld, worauf sich die Befreyung bezog, schon vor der Schenkung wirklich vorhanden gewesen. Die Schenkung kann aber auch so geschehen, daß die Forderung in ihrer Entstehung zerstört wird, so daß sie überhaupt gar nicht zu Stande kommt. Wenn Einer des Andern Geschäfte ohne Auftrag besorgt, so erwirbt er dadurch in der Regel eine actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz der aufgewendeten Kosten. Dieses setzt aber die Absicht voraus, den Andern auf solche Weise zu verpflichten. Hat dagegen der Geschäftsführer die Absicht, den Andern durch diesen Aufwand zu beschenken, so entsteht jene Obligation nicht; die Handlung ist dann eine Schenkung, bewirkt durch die Befreyung des Andern von einer Schuld, die

(k) *L.* 5 § 7 *de don. int. vir* (24. 1.), *L.* 3 § 1 *quae in fraud.* (42. 8.), *L.* 1 § 7 *si quid in fraud.* (38. 5.). — Geschieht Dieses zwischen Ehegatten, so ist das Urtheil darum nicht minder gültig, aber es gilt eine Condiction auf den Geldwerth. *L.* 5 § 7 *cit.*

(l) *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5.). — Nicht auf diese Arten der Schenkung zu beziehen sind einige Stellen, worin donare sehr uneigentlich gebraucht wird für die von dem Prätor oder einem Advokaten bewirkte Befreyung, also von solchen Personen, die selbst gar Nichts dafür aufopfern. *L.* 8 § 17 *de transact.* (2. 15.), *L.* 212 *de V. S.* (50. 16.). — Von der Befreyung durch zugelassene Klagverjährung vgl. Beylage IX.

nie vorhanden war, die aber ohne jene wohlwollende Absicht entstanden seyn würde. Ein Fall dieser Art ist es, wenn Einer des Andern Landgut unentgeldlich bestellt, also in der Absicht, ihm mit dem Aufwand an Arbeitslohn und Saatfrucht ein Geschenk zu machen; eben so wenn er auf des Andern Boden ein Haus baut, in der Absicht den Eigenthümer durch die Materialien und den Arbeitslohn zu bereichern (m).

Es kann endlich die Forderung, durch deren Tilgung geschenkt werden soll, auch einem Andern als dem Geber zugestanden haben.

Wenn Einer die Schuld eines Andern bezahlt, so wird dadurch der Schuldner frey, selbst wenn es ohne Auftrag, ja ohne des Schuldners Wissen, oder gegen dessen Willen geschieht (n). Kommt nun hinzu die Absicht, den Schuldner zu bereichern, so liegt darin eine wahre Schenkung (o). — Eben so, wenn die Tilgung der fremden Schuld nicht durch Zahlung, sondern durch Expromission bewirkt wird, welches gleichfalls ohne Rücksicht auf des Schuldners Bewußtseyn und Willen geschieht (p). Auch hierin liegt eine Schenkung, und zwar steht der Expromittent in einem Schenkungsverhältniß nur zu dem Schuld-

(m) *L.* 14 *de don.* (39. 5.), *L.* 2 *in f. C. de rei vind.* (3. 32.).

(n) *L.* 23 *de solut.* (46. 3.).

(o) *L.* 7 § 7 *L.* 50 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 12 *C. de neg. gestis* (2. 19.). — Selbst wenn die Schuld eine bloße naturalis obligatio ist. *L.* 9 § 1 *de Sc. Maced.* (14. 6.).

(p) *L.* 91 *de solut.* (46. 3.), *L.* 8 *in f. de novat.* (46. 2.), *L.* 13 § 10 *de acceptil.* (46. 4.).

ner, nicht zu dem Glaubiger (q). Die Expromission kann unter andern so geschehen, daß der Geber seinen Schuldner A dem B, welcher Glaubiger des Empfängers ist, expromittiren läßt. Hier werden beide alte Schuldverhältnisse aufgelöst, zwischen A und B besteht keine Schenkung, und die Bereicherung des Empfängers wird, so wie in dem vorigen Fall, durch eine Liberation bewirkt. — Auch durch die freywillig, und auf eigene Rechnung übernommene Prozeßführung für den Schuldner kann diese Art der Schenkung bewirkt werden (r). — Endlich führt zu demselben Zweck die übernommene Bürgschaft. Eine Schenkung an den Glaubiger liegt darin niemals, weil derselbe sein Vermögen nicht erweitert, sondern nur größere Sicherheit erhält; eine Schenkung an den Schuldner kann darin liegen, wenn die Bürgschaft geleistet wird mit der Absicht, niemals gegen den Schuldner einen Regreß nehmen zu wollen (s). Jedoch liegt hierin blos eine eventuelle Schenkung, nämlich nur für den Fall daß der Bürge in die Lage kommt, die Schuld zu zahlen; wodurch sich

(q) *L.* 21 *pr. de don.* (39. 5.), *L.* 5 § 5 *de doli except.* (44. 4.), *L.* 33 *de nov.* (46. 2.). (Vergl. Beylage X. Num. VI. VII.). Dasselbe muß allerdings auch bey dem vorhergehenden Fall (der Zahlung) behauptet werden, nur liegt bey der Expromission die Verwechslung näher, weil hier ein fortdauerndes Rechtsverhältniß zwischen dem Expromittenten und dem Glaubiger entsteht.

(r) *L.* 23 *de solut.* (46. 3.). „.. vel judicium pro nobis accipiendo," welches hier mit der baaren Zahlung auf gleiche Linie als Befreyungsmittel gestellt wird.

(s) *L.* 6 § 2 *mand.* (17. 1.), *L.* 4 *de neg. gestis* (3. 5.), *L.* 32 *de pactis* (2. 14.), *L.* 1 § 19 *si quid in fraud.* (38. 5.), *L.* 9 § 3 *de Sc. Maced.* (14. 6.). — Vgl. § 149. d.

also dieser Fall von den vorhergehenden unterscheidet, in welchen stets eine unbedingte Schenkung enthalten ist.

Die hier zusammen gestellten Fälle der Tilgung einer fremden Forderung lassen sich jedoch insgesammt auch so auffassen, daß darin zugleich die Befreyung von einer eigenen Forderung des Gebers selbst enthalten ist. Wenn nämlich Einer für den Andern zahlt, expromittirt, Bürgschaft leistet, so kann dieses hervorgehen aus einem Mandat, einer negotiorum gestio, oder aus der Absicht zu schenken (t). In den beiden ersten Fällen ist überhaupt keine Schenkung enthalten, da Derjenige, welcher so den Schuldner befreyt, stets eine Regreßklage gegen diesen hat. Demnach enthalten alle jene Fälle nur insofern eine Schenkung, als der Befreyende die besondere Absicht hat, die Regreßklage dem Schuldner zu erlassen, die er selbst außerdem gegen ihn haben würde. Es liegt also hier immer auch der Erlaß einer eigenen Forderung zum Grunde.

Allein eben diese Betrachtung führt wieder ein Bedenken herbey. Es gewinnt dadurch den Schein, als ob der Befreyende nicht ein schon erworbenes Recht aufopferte, sondern nur den Erwerb eines neuen Rechts von sich abwiese, welches man als dem Begriff wahrer Schenkung widersprechend ansehen könnte. Diesem Einwurf ist jedoch auf dieselbe Weise zu begegnen, wie es oben bey den obligatorischen Schenkungen bereits geschehen ist (§ 157).

(t) *L.* 6 § 2 *mand.* (17. 1.), *L.* 4 *de neg. gestis* (3. 5.).

Bey allen diesen verschiedenen Schenkungsmitteln kamen Fälle vor, worin das mit einem Dritten eingegangene Rechtsgeschäft zum Zweck der Schenkung verwendet wurde. So, wenn der Geber eine fremde Sache, mit des Eigenthümers Willen, und durch Auftrag an diesen, verschenkt (§ 156. b); wenn der Empfänger eine Schuldforderung an einen Dritten bekommt (§ 157); wenn der Empfänger von der Schuld an einen Dritten durch Zahlung oder Expromission des Gebers befreyt wird (§ 158). Die Zulässigkeit solcher Schenkungen durch Zwischenpersonen ist im Allgemeinen anerkannt (u). Ganz gewiß steht diese Zwischenperson durchaus nicht in einem Schenkungsverhältniß, weder als Geber noch als Empfänger, sondern sie vermittelt nur die zwischen anderen Personen vorgehende Schenkung. Es fragt sich aber, ob die aus positiven Rechtsregeln hervorgehende Ungültigkeit oder Entkräftung der Schenkung auch auf das Rechtsgeschäft mit jener Zwischenperson zurück wirkt. Diese Frage wird in der Beylage X. behandelt.

§. 159.

V. Schenkung. — Einzelne Rechtsgeschäfte. 4. Ganzes Vermögen.

Bisher ist die Schenkung dargestellt worden in Anwendung auf einzelne im Vermögen enthaltene Rechte; sie

(u) *L.* 4 *de don.* (39. 5.). „Etiam per interpositam personam donatio consummari potest."

kann sich aber auch beziehen auf das Vermögen im Ganzen, das heißt auf alle im Vermögen gegenwärtig enthaltene Rechte, und diese umfassendste Anwendung bedarf noch einer näheren Betrachtung (a). — Das Eigenthümliche dieses Falles kann unter verschiedenen Gestalten vorkommen. Am Einfachsten als unbeschränkte Schenkung des Ganzen; aber auch an einer Quote des Vermögens; oder mit Vorbehalt einzelner Vermögensstücke, welche nicht mit geschenkt seyn sollen (b); mit Vorbehalt des Niesbrauchs; mit der Verpflichtung des Empfängers, dem Geber Alimente zu entrichten, welches ein Modus der Schenkung ist.

Im älteren Recht entstand dabey die Schwierigkeit, daß die Formen, wodurch vorzugsweise die Schenkung vollgültig wurde (Mancipation und Tradition), nur auf einzelne Sachen, nicht auf das Vermögen als ein ideales Object, anwendbar waren. Darum wird in mehreren Stellen gesagt, man müsse die einzelnen Sachen übertragen, die auf das Ganze gerichtete Schenkung sey unwirksam (c); insbesondere gelte diese Unwirksamkeit auch von einem, als bloße Schenkung gemeynten, Scheinkauf (d). Diese formelle Schwierigkeit fällt weg im Justinianischen

(a) Ausführlich handelt von diesem Fall Meyerfeld II. §21.

(b) Dieser Fall kommt vor in *L.* 37 § 3 *de leg.* 3 (32. un.).

(c) Hauptstellen: Fragm. Vatic. § 263, Cod. Hermog. VII. 1 ed. Hänel (vormals VI. 1, steht interpolirt in *L.* 11 *C. de don.* 8. 54., vgl. Meyerfeld S. 9). — Beyspiele einer Vollziehung durch einzelne Traditionen (ursprünglich auch Mancipationen oder Cessionen) in *L.* 42 *pr. de m. c. don.* (39. 6.), *L.* 37 § 3 *de leg.* 3 (32. un.).

(d) Cod. Hermog. VII. 2 (vormals VI. 2). Vgl. oben § 154. c.

Recht, worin ausdrücklich gesagt wird, daß eine solche Schenkung schon durch formlosen Vertrag vollgültig werde, indem dadurch die Verpflichtung des Gebers zur Erfüllung begründet sey (e). Außerdem erklärt Justinian im Allgemeinen für wirksam die durch den vorbehaltnen Niesbrauch bewirkte Tradition (§ 155. g). Soll jedoch diese letzte Form auf die Schenkung des ganzen Vermögens angewendet werden, so ist dieses nur durch Bezeichnung einzelner Sachen ausführbar, weil nur an diesen (nicht an dem Vermögen als einem idealen Ganzen) ein Besitz möglich ist, und weil derselbe nur durch die auf jede einzelne Sache gerichtete Absicht des Besitzers erworben werden kann.

Aber unabhängig von dieser formellen Schwierigkeit, und dieser im Römischen Recht eingetretenen Modification der Rechtssätze, ist die eigenthümliche Natur des aus einer Schenkung des ganzen Vermögens hervorgehenden Rechtsverhältnisses. Dafür gilt die wichtige Regel, daß eine solche Schenkung niemals als eine Succession per universitatem, einer Erbschaft gleich, betrachtet werden darf (§ 105), und diese Regel ist stets unverändert geblieben. Die erste Folge ist die, daß die einzelnen Eigenthumsrechte besonders durch Tradition übertragen werden müssen, wofür jedoch schon oben manche Erleichterungen angegeben worden sind. Zweytens folgt daraus, daß die einzelnen Schuldforderungen besonders zu cediren sind; aber auch dieses macht wenig Schwierigkeit, da der Be-

(e) *L.* 35 § 4 *C. de don.* (8. 54.).

schenkte jede Schuldklage, deren Cession er ohnehin erzwingen könnte, nun auch ohne wirkliche Cession, als utilis actio, anstellen kann (§ 157. t). Wichtiger aber ist die dritte Folge, daß der Beschenkte mit den Glaubigern des Gebers in gar keinem Rechtsverhältniß steht, folglich von diesen nicht belangt werden kann, während der Geber Nichts mehr hat, woraus er sie befriedigen könnte. Wenn hierüber bey der Schenkung selbst Nichts besonders ausbedungen ist, so gilt die sehr natürliche Annahme, daß sich der Empfänger stillschweigend verpflichtet habe, alle Schulden zu bezahlen, also den Geber gegen die Glaubiger zu vertreten (f). Diese Annahme ist die unmittelbare Folge des Begriffs vom Vermögen, welches hier den Gegenstand der Schenkung ausmacht; denn Vermögen heißt überall nur diejenige Summe von Rechten, welche dem Inhaber nach Abzug der Schulden übrig bleibt (g). Wie diese Ver-

(f) *L.* 72 *pr. de j. dot.* (23. 3.). Die Stelle spricht nicht unmittelbar von einer Schenkung, sondern von einer Dotation, welche von der Frau durch ihr ganzes Vermögen geschieht. Davon heißt es, der Mann gelte nicht einem Erben gleich, könne also nicht von den Glaubigern verklagt werden; „sed non plus esse *in promissione bonorum*, quam quod superest deducto aere alieno." Allerdings ist nun die von der Frau bestellte Dos keine Schenkung, allein das Verhältniß zu den Glaubigern ist ganz dasselbe. Denn eine promissio bonorum liegt in beiden Fällen zum Grunde, und die Auslegung einer solchen promissio, die hier Paulus in Anwendung auf die Dos geltend macht, muß auch in Anwendung auf die Schenkung gelten.

(g) *L.* 39 § 1 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 69 *ad L. Falc.* (35. 2.), *L.* 11 *de j. fisci* (49. 14.), *L.* 8 § 4 *C. de bon. quae lib.* (6. 61.). — Noch wird ausdrücklich bemerkt, daß hierin die Ausdrücke bona und res ganz gleiche Bedeutung haben. *L.* 43 *de usu leg.* (33. 2.).

pflichtung geltend gemacht wird, läßt sich an einem nahe verwandten Fall darthun. Wenn nicht das Vermögen als Ganzes verschenkt wird, sondern nur ein einzelnes Vermögensstück, z. B. ein Landgut, in welchem vielleicht der größte Theil des Vermögens besteht, so gilt jene stillschweigende Übernahme der Schulden nicht, sondern es bedarf dazu eines ausdrücklichen Vertrags; ist aber dieser geschlossen, so kann der Geber dessen Erfüllung mit einer actio praescriptis verbis erzwingen, er kann nach Umständen auch mit einer Condiction das Geschenk zurückfordern (h). Unzweifelhaft kann er diese Klagen auch den Gläubigern cediren, welche sie dann unmittelbar anstellen können. Beruft er sich, diesen gegenüber, blos auf seine Armuth, als einen Grund unmöglicher Execution, so kann er unter andern zur Cession jener Klagen, die ja selbst ein wichtiges Vermögensstück sind, gezwungen werden, und auf diesem indirecten Wege erhalten die Gläubiger auch gegen den Empfänger der Schenkung einen unfehlbaren Anspruch. Hat der Geber das Vermögen noch nicht wirklich abgeliefert, und wird er auf Erfüllung der Schenkung verklagt, so kann er die erwähnten Klagen gewiß auch vertheidigungsweise, durch doli exceptio, geltend machen. Ja daß er dieses darf, folgt ganz unmittelbar aus seinem beneficium competentiae, welches er in der Art geltend machen kann, daß die Schulden vorweg ab-

(h) *L.* 15. 22 *C. de don.* (8. 54.), *L.* 2 *C. de cond. ob caus.* (4. 6.).

gerechnet werden (i); hierin ist ihm das Recht dieser Abrechnung unmittelbar zuerkannt.

Allein dieses ganze Verhältniß wurde bisher nur aus einem stillschweigenden Vertrag, also aus einer Auslegung des Willens, abgeleitet. Davon kann nicht die Rede seyn, wenn ausdrücklich bestimmt ist, der Empfänger des Vermögens solle die Schulden nicht zu bezahlen haben. Daß eine solche Unrechtlichkeit nicht zu dulden ist, versteht sich. Die Art der Abhülfe ergiebt sich wiederum aus der Vergleichung mit dem schon benutzten verwandten Fall. Wenn Einer alle seine einzelne Sachen durch Tradition verschenkt, worin der ganze Werth seines Vermögens besteht, und dabey Nichts von den Schulden sagt, so hat für diese der Empfänger zunächst keine Verpflichtung (Note h). Geschah aber die Veräußerung in unredlicher Absicht gegen die Glaubiger, so haben diese gegen den Empfänger die Pauliana actio, wobey nun die Theilnahme des Empfängers an der Unredlichkeit gleichgültig ist, eben weil eine Schenkung bey der Veräußerung zum Grund liegt (§ 145. d). Die unredliche Absicht aber des Gebers versteht sich bey jener Schenkung von selbst, und bedarf keines besonderen Beweises, wenn ihm nur überhaupt das Daseyn der Schulden bekannt ist (k). Was nun von diesem Fall der ver-

(i) *L.* 12 *de don.* (39. 5.). „.. in quantum facere potest, convenitur: *sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum* ..."

(k) *L.* 17 § 1 *quae in fraud.* (42. 8.). „.. universas res suas *tradidit*," also alle einzelne in seinem Eigenthum stehende Sachen, wie es auch nach dem älteren Recht stets geschehen sollte (Note c). Und von diesem Fall

ſchenkten einzelnen Sachen gilt, muß in weit höherem Grade gelten, wenn das Vermögen als ſolches zum Gegenſtand des Schenkungsvertrags gemacht, und zugleich der Empfänger von aller Verpflichtung für die Schulden frey geſprochen wird. Denn in dieſem Fall iſt die unredliche Abſicht ſo augenſcheinlich, daß auch der Empfänger darüber gar nicht im Zweifel ſeyn konnte. Die Abhülfe beſteht alſo hier darin, daß die Glaubiger gegen den Empfänger mit der Pauliana actio klagen, und daß dieſer von dem geſchenkten Vermögen ſo viel zurück geben muß, als zur Bezahlung der Schulden nöthig iſt (l).

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die aufgeſtellte Regel nur auf diejenigen Schulden angewendet werden darf, welche zur Zeit der Schenkung ſchon vorhanden waren. Alle ſpäter contrahirte Schulden liegen eben ſo außer dem Bereich der bisher betrachteten (auf das gegenwärtige Vermögen gerichteten) Schenkung, wie der ſpätere Erwerb des Gebers.

Die aufgeſtellten Grundſätze ſind auch anwendbar, wenn Jemand nicht ſein gegenwärtiges Vermögen, ſondern eine ihm zugefallene Erbſchaft verſchenkt. Denn auch hier iſt wieder der Begriff des Vermögens anwendbar, nämlich

heißt es hier: „qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, *intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.*“ —

(l) Von dieſem Dolus iſt natürlich nicht die Rede, wenn die Schenkung nur auf eine Quote des Vermögens geht, oder wenn ſo viele einzelne Sachen von der Schenkung ausgenommen ſind, daß davon die Schulden bezahlt werden können.

desjenigen Vermögens, welches dem Verstorbenen zur Zeit des Todes gehörte (m). In Ansehung der Schulden dieser Erbschaft gilt gleichfalls die natürliche Annahme, daß der Empfänger die Abtragung derselben stillschweigend übernommen habe (n). Wenn jedoch in diesem Fall ein Anderes ausdrücklich bedungen ist, so liegt darin gar nicht nothwendig eine unredliche Absicht gegen die Glaubiger. Vielmehr kann der Geber sehr wohl die Absicht haben, die Schulden der verschenkten Erbschaft aus seinem eigenen, dazu völlig hinreichenden, Vermögen zu bezahlen. — Betrifft die Schenkung die künftige Erbschaft eines noch Lebenden, so ist sie durch dessen Einwilligung gültig, außerdem verboten (o); wird es dennoch unternommen, so

(m) *L.* 24 *de V. S.* (50. 16.), und mehrere andere Stellen.

(n) *L.* 28 *de don.* (39. 5.). „Hereditatem pater .. filiae .. donavit ... cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos (creditores) defendere." Es fällt auf, daß hier Papinian die Schenkung einer Erbschaft als solcher für unbedenklich wirksam ansieht, da doch die Schenkung des eigenen Vermögens so bedenklich schien (Note c). Das hieng aber mit der Regel des älteren Rechts überein, nach welcher jeder Erbe eine schon erworbene Erbschaft durch in jure cessio übertragen konnte; hieraus entstand die seltsame Folge, daß das Eigenthum per universitatem übergieng, die Schuldforderungen vernichtet waren, und die Schulden auf dem veräußernden Erben (ganz wie es hier Papinian voraussetzt) haften blieben. Gajus II. § 35. 36, III. § 85. 86. Ulpian. XIX. § 13. 14. Eine Spur davon hat sich in die Digesten verirrt. *L.* 4 28 *de doli exc.* (44. 4.).

(o) *L.* 30 *C. de pactis* (2. 3.). Die Fortdauer dieser Regel auch im heutigen Recht ist dargethan von Hasse, Rhein. Museum B. 2 S. 149—241, 300—366. Anderer Meynung ist Eichhorn Deutsches Privatrecht § 341.

trifft den Veräußernden die Strafe, daß die ihm späterhin anfallende Erbschaft confiscirt wird (p).

Es bleibt nun noch der Fall zu betrachten übrig, da nicht blos das gegenwärtige, sondern auch das künftige Vermögen des Gebers zum Gegenstand der Schenkung gemacht wird. Dieses Geschäft halte ich nach Römischem Recht für völlig ungültig, da es in der That nur ein versteckter Erbvertrag ist, wodurch dem Geber jede andere wirksame Verfügung über sein Vermögen unmöglich wird. Nicht blos die Testamentsfreyheit wird ihm dadurch vernichtet, sondern selbst die Möglichkeit, das Vermögen an seine Intestaterben kommen zu lassen, also jede Art eines ferneren Einflusses auf das Schicksal des Vermögens; und dieses eben ist es, weshalb das Römische Recht die Erbverträge nicht anerkennt (q). Daß dadurch keine Universalsuccession begründet wird, kann keinen Unterschied machen, da der Empfänger alle Vortheile, die man durch eine solche erlangen kann, auch wirklich erhalten würde, nur unter einer anderen Rechtsform (r),

(p) *L.* 29 § 2 *de don.* (39. 5.), *L.* 2 § 3 *de his quae ut ind.* (34. 9.).

(q) Die meisten älteren Rechtslehrer, wenn sie auch manche theoretische Zweifel haben, stimmen doch darin überein, daß in der Praxis die Ungültigkeit eines solchen Vertrags anerkannt sey. Giphanius lect. Altorf. p. 208. 209. N. 38. 44. Carpzov. P. 2 Const. 12 def. 26. Schilter exerc. 43 § 19.

(r) Es wäre etwa zu vergleichen einem Universalfideicommiß, so wie es vor dem Sc. Trebellianum behandelt wurde (Gajus II. § 252), also auch ohne Abzug einer Quart. Die Römer überzeugten sich aber bald, daß Dieses, wenn es auf das ganze Vermögen bezogen werden sollte, nicht wohl beybehalten werden könne.

welches ja gerade der Character jeder Umgehung einer positiven Rechtsregel ist. Man hat dagegen eingewendet, es könne ja doch ein eingesetzter Testamentserbe zum Antritt der Erbschaft sich entschließen, und dann das Vermögen dem Beschenkten abliefern. Allein abgesehen davon, daß nicht leicht Jemand diese unfruchtbare und nicht gefahrlose Mühe übernehmen wird, wäre damit dem Geist jener Rechtsregel keineswegs genügt. Denn ein solcher Erbe würde doch nur den Namen eines Erben führen, in der That aber einem Testamentsexecutor zu vergleichen seyn. Man hat ferner gesagt, neben einer solchen Schenkung sey ein wahrer Erbe nicht blos denkbar, sondern selbst nothwendig; ohne einen solchen könne die Schenkung nicht bestehen, da nur er nach dem Tode des Gebers die Tradition vollziehen könne (s). Dieser Grund ist völlig unhaltbar. Ist die Schenkung gültig, so wird dadurch der Empfänger ein Gläubiger des Gebers. Ein solcher aber kann nach dem Tode des Schuldners seine Rechte verfolgen, es mag ein Erbe vorhanden seyn oder nicht; fehlt es an einem Erben, so erlangt der Gläubiger seinen Zweck durch missio in possessionem des erblosen Vermögens (t).

Auch Das kann nicht zugegeben werden, daß jenes Geschäft auf die bloße Schenkung des gegenwärtigen Vermögens beschränkt und dadurch aufrecht erhalten werden

(s) Faber error. Pragm. XLVIII. 6. Num. 5.

(t) *L.* 4 *de reb. auct. jud.* (42. 5.).

müsse. Allerdings unterliegt diese letzte der eben behaupteten Ungültigkeit nicht, da bey ihr wegen des möglichen späteren Erwerbs eine wahre Erbfolge, unabhängig von der Schenkung, sehr wohl bestehen kann. Daraus folgt aber nicht die Zulässigkeit jener nachhelfenden Verwandlung. Denn beide Geschäfte sind gar nicht blos quantitativ verschieden (u), sondern in ihrem Wesen, und in der Absicht des Gebers. Diesem müßte, zur Aufrechthaltung des Geschäfts, eine ganz andere Absicht, als die er wirklich hatte, untergeschoben werden. Es wäre so, wie wenn ein Testament vor Sechs Zeugen gemacht wäre, welches durch Verwandlung in einen Codicill aufrecht erhalten werden sollte; Dieses ist bekanntlich ohne den, auch hierauf gerichteten, Willen des Erblassers (die Codicillarclausel) unzulässig (v). — Dagegen ist die Schenkung einer Quote des gegenwärtigen und künftigen Vermögens unzweifelhaft gültig, weil nun durch den nicht verschenkten Theil eine wahre, wirksame Erbfolge übrig bleibt. Eben so ist für das Ganze eine mortis causa donatio zulässig, weil diese durch ihre in der Regel geltende Widerruflichkeit ganz den zulässigen Character eines letzten Willens an sich trägt.

Für so sicher nun ich diese Gründe gegen die Zulässigkeit der hier vorausgesetzten Schenkung des ganzen, auch künftigen, Vermögens nach dem Römischen Recht halte,

(u) Etwa so, wie wenn Jemand ohne Insinuation 800 Dukaten verschenkt; hier sind gewiß 500 gültig, 300 ungültig.

(v) *L.* 1 *de j. codicill.* (29. 7.), *L.* 3 *de test. mil.* (29. 1.).

so muß ich doch den neueren Schriftstellern beystimmen, welche sich für die heutige Gültigkeit derselben aussprechen (w). Nur soll man sich dabey nicht auf Römisches Recht berufen. Die Schenkung ist gültig, weil sie ein wahrer Erbvertrag ist, und weil ein solcher durch das Deutsche Recht anerkannt wird. Daß die älteren Praktiker sich dagegen aussprechen (Note q), erklärt sich eben aus dem langen Streit, der über die Gültigkeit der Erbverträge überhaupt Statt gefunden hat, und aus der häufigen Unklarheit der Begriffe über die einzelnen darunter zu beziehenden Fälle (x).

§. 160.

V. Schenkung. — Vertragsnatur.

Es war nöthig, die Schenkung in ihrer Anwendung durch alle verschiedene Rechtsgeschäfte, worin sie erscheinen kann, durchzuführen, um die wichtige Frage beantworten zu können, ob sie überhaupt als Vertrag zu betrachten ist. In den meisten und wichtigsten Fällen ist in ihr dieser Character unverkennbar; so wenn sie durch Tradition, Versprechen, oder Erlaßvertrag bewirkt wird. Dagegen giebt es andere Fälle, worin sie nicht die Natur des Vertrags an sich trägt, das heißt worin des Empfän-

(w) Kind quaest. for. T. 2 C. 63. Meyerfeld II. S. 13 — 17.

(x) Eichhorn Deutsches Privatrecht § 341.

gers Bewußtseyn der Bereicherung, und dessen Einwilligung in dieselbe, nicht nothwendig ist. Daraus aber folgt, daß auch in den Fällen, worin die Schenkung als Vertrag erscheint, diese Eigenschaft nicht in ihrem Wesen als Schenkung begründet seyn kann, sondern vielmehr in der besonderen Natur derjenigen Rechtsgeschäfte, wodurch sie gerade bewirkt wird.

Es ist also nun der Beweis der aufgestellten Behauptung durch die Darlegung solcher Rechtsgeschäfte zu führen, worin eine wahre Schenkung enthalten ist, ohne daß der Empfänger einwilligt (a). — Dieses geschieht oft so, daß der Empfänger von der Handlung des Gebers überhaupt kein Bewußtseyn hat, also auch seine eigene Bereicherung weder kennt, noch durch seinen Willen genehmigen kann. Dahin gehört der Fall einer Dos, welche von einem Fremden gegeben, und eben dadurch der Frau geschenkt wird (§ 157. s). Ferner die Befreyung eines Schuldners durch absichtlich schlechte Prozeßführung, oder durch gerichtliches Eingeständniß (§ 158. k. l). Eben so die Ausgaben, die zum Vortheil eines Andern gemacht werden, in der Absicht sie nicht wieder zu fordern (§ 158. m). Dann das Geschenk an einen Sohn oder Sklaven, welches dem Vater oder Herrn unmittelbar erworben wurde (b). Endlich,

(a) Ausführlich hat diese Frage behandelt Meyerfeld I. S. 37 fg.

(b) *L.* 10 *de don.* (39. 5.). „.. Sed si nescit rem .. sibi esse donatam .. donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum ejus, cui donabatur, missa fuerit: *nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fiat.*" In diesem letzten Fall also war die Schenkung vollzogen, auch ohne Bewußtseyn

und am einleuchtendsten, die Befreyung eines Schuldners durch baare Zahlung, durch Expromission, oder in Folge einer Bürgschaft, wenn diese Befreyung mit der Absicht einer Schenkung verbunden ist (§ 158. n bis t). In allen diesen Fällen kann allerdings der Beschenkte darum wissen, ja es wird sich meistens so finden. Juristisch aber ist Dieses ganz zufällig und gleichgültig, seine Einwilligung trägt Nichts zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bey, und die heimliche Wohlthat ist hier völlig eben so gültig, wie die verabredete.

In anderen Fällen weiß zwar der Empfänger um die Handlung des Gebers, aber nicht um die darin enthaltene Absicht zu schenken, und die Schenkung ist darum nicht weniger vorhanden. So wenn Einer eine Sache absichtlich unter dem Werth verkauft, um den Käufer zu bereichern, dieser aber über die wohlthätige Absicht des Verkäufers in Unwissenheit ist (§ 152. a). Ferner wenn Jemand wissentlich Zahlung leistet für ein Indebitum, während der Empfänger es für eine wahre Schuld hält (c).

des Beschenkten. Dasselbe galt ohne Zweifel eben so, wenn das Geschenk an einen Sohn in väterlicher Gewalt gegeben wurde. In beschränkterer Weise gilt dieses Letzte auch noch nach Justinianischem Recht, nämlich nun bekommt zwar der Sohn das Eigenthum, der Vater aber den Niesbrauch, und auch das ist eine wahre Schenkung. Vergl. überhaupt Meyerfeld I. S. 38.

(c) Nämlich die condictio indebiti fordert durchaus Irrthum des Zahlenden, und wird daher durch dessen Bewußtseyn von dem Ungrund der Forderung schlechthin ausgeschlossen; dabey aber ist das Bewußtseyn des Empfängers völlig gleichgültig. Vergl. oben § 149 und Beylage VIII. Num. XXXVI. Note e.

Dagegen würde man irrigerweise unter diese Fälle rechnen den blos einseitigen Verzicht auf eine Schuldforderung (§ 158. h), und die nicht in Vertrag verwandelte bloße Absicht, des Andern Schuldner zu werden (§ 157. c).

Im Widerspruch mit der hier aufgestellten Ansicht behaupten Viele, daß jede Schenkung zu ihrer Gültigkeit einer Annahme von Seiten des Beschenkten durchaus bedürfe (d). Dieser Widerspruch gegen unsre Ansicht kann aber eine zwiefache Bedeutung haben, je nachdem man die Schenkung von ihrer positiven oder von ihrer negativen Seite, im Fall fehlender Annahme des Beschenkten, auszuschließen versucht. Das erste hätte die Bedeutung, daß ohne Annahme die angeführten Geschäfte gar keine Gültigkeit hätten, so daß überhaupt Nichts bewirkt würde. Das zweyte hätte die entgegengesetzte Bedeutung, daß zwar das Geschäft selbst gültig wäre, daß es aber nicht die Natur einer Schenkung annähme, folglich frey bliebe von den Einschränkungen, welchen die Schenkungen unterworfen sind. Durch das erste würde die Wirksamkeit der Handlung verlieren, durch das zweyte gewinnen, in Vergleichung mit Dem was von unsrem Standpunkt aus angenommen werden muß. Ich will beide mögliche Behauptungen zu widerlegen suchen, und dazu den einfachsten und einleuchtendsten unter den oben zusammengestellten Fällen

(d) Dahin gehört Cujacius obss. XII. 28 und Consult. N. 43. Ferner alle Schriftsteller, welche die Schenkung überhaupt als einen obligatorischen Vertrag ansehen (§ 142. b).

wählen: den Fall, wenn Jemand fremde Schulden bezahlt, in der Absicht den Schuldner dadurch zu bereichern. Nach der Meynung der Gegner wäre des Schuldners Einwilligung nöthig, und es ist also zu untersuchen, was der Mangel dieser Einwilligung möglicherweise bewirken könnte.

Er könnte erstlich bewirken, daß die Handlung keine gültige Zahlung wäre, daß also der Schuldner dadurch nicht frey würde. Dieses ist nun gewiß nicht der Fall, da die Befreyung des Schuldners ohne sein Wissen, ja wider seinen Willen, für diesen Fall ausdrücklich anerkannt ist (e). — Er könnte zweytens bewirken, daß die Handlung zwar gültig, aber keine Schenkung wäre, also den besonderen Beschränkungen einer Schenkung nicht unterläge, so z. B. daß unter Ehegatten dieses Geschäft nicht verboten wäre. Dieses ist aber schon deswegen ganz undenkbar, weil dadurch alle jene Beschränkungen völlig illusorisch werden würden. So z. B. brauchte eine Frau, um von ihrem Mann gültig beschenkt zu werden, nur Schulden zu machen, die dann der Mann ohne ihr Zuthun und Vorwissen bezahlte; was er ihr dadurch als Bereicherung zugewendet hätte, wäre unwiderruflich, obgleich es durch-

(e) *L.* 23 *de solut.* (46. 3.). „Solutione ... et inviti et ignorantes liberari possumus." Dasselbe sagt von der Expromission *L.* 91 *eod.* Noch einleuchtender ist es bey den aus Liberalität besorgten Ausgaben. Wenn z. B. Einer das Landgut eines Andern, ohne dessen Wissen, aus Liberalität bestellt (§ 158. m), so könnte die entgegengesetzte Ansicht nur dadurch geltend gemacht werden, daß das Gut zu einem unbestellten gemacht würde, welches unmöglich ist.

aus dieselbe Natur hätte, wie eine an sie selbst gegebene Geldsumme. Es bedarf aber nicht einmal dieser allgemeinen Betrachtung, da es ausdrücklich anerkannt ist, daß jede für einen Ehegatten gezahlte Schuld dem allgemeinen Schenkungsverbot in der Ehe allerdings unterworfen ist; eben so auch jede für einen Ehegatten vorgenommene Expromission (f). Damit ist also bewiesen, daß die oben zusammen gestellten Handlungen in jeder Beziehung als wahre Schenkungen gelten und wirken, obgleich dabey das Bewußtseyn und die Einwilligung des Beschenkten gänzlich fehlen kann.

In den häufigeren Fällen aber, worin die Schenkung auf einem solchen Geschäft beruht, welches die Natur eines Vertrags an sich trägt, ist allerdings die Einwilligung beider Theile zur Gültigkeit der Schenkung durchaus nothwendig. Dieses ist namentlich der Fall bey der Tradition (g).

In allen Fällen dieser Art also ist das erste Erforderniß gültiger Schenkung der Wille des Gebers, ohne welchen die Liberalität, als Grundlage aller Schenkung, gar nicht denkbar ist. Wenn daher ein Anderer sich anmaaßt, diesen Willen zu ersetzen, also für ihn zu schenken, so ist

(f) *L.* 7 § 7 *L.* 50 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). *L.* 5 § 4 *eod.*

(g) *L.* 55 *de O. et A.* (44. 7.). „In omnibus rebus, *quae dominium transferunt*, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, *sive donatio* .. fuit, nisi animus utriusque consenserit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

das Geschäft ungültig (h). Die Form dieser Einwilligung wird durch die Natur der einzelnen Rechtsgeschäfte bestimmt; die Eigenthümlichkeit der Schenkung beschränkt oder erschwert die sonst erforderliche Form gar nicht (i).

Es muß aber in jenen Fällen als zweytes Erforderniß hinzutreten die Annahme der Schenkung, oder die Einwilligung von Seiten des Empfängers. Auch diese ist an keine Form gebunden, sie kann namentlich stillschweigend erklärt werden, und da fast immer der Empfang eines Geschenks erwünscht ist, so wird sie sogar sehr leicht aus solchen Handlungen gefolgert werden dürfen, welche nur einigermaßen darauf gedeutet werden können (k). Nur bey bestimmt verweigerter Annahme kommt in solchen Fällen eine Schenkung überhaupt gar nicht zu Stande (l). In der Zwischenzeit von der Erklärung des Gebers bis zur Annahme des Empfängers ist die Schenkung nicht perfect, also unentschieden (m), so daß bis dahin der Geber seinen Willen widerrufen kann, wodurch denn gleichfalls das

(h) *L.* 7. 8. 10 *C. de don.* (8. 54.). Vgl. oben § 156. a.

(i) *L.* 6. 7. 13 C. *de don.* (8. 54.). Von der für die großen Schenkungen erforderlichen besonderen Form (der Insinuation) wird unten die Rede seyn. — Über die Herleitung dieser Einwilligung aus Vermuthungen vgl. Meyerfeld I. S. 42. fg.

(k) Meyerfeld I. S. 42 fg.

(l) *L.* 10 *de don.* (39. 5.) „.. si .. missam sibi *non acceperit*, donatae rei dominus non fit." *L.* 19 § 2 *eod.* „Non potest liberalitas nolenti adquiri." Diese sehr allgemein ausgesprochene Regel muß auf die Fälle der eben beschriebenen Art, die ohnehin die häufigsten sind, beschränkt werden, da sie, als durchgreifendes Princip für alle Schenkungen überhaupt aufgefaßt, anderen sehr bestimmten Stellen geradezu widersprechen würde (Note e).

(m) *L.* 10 *de don.* (39. 5.). „Sed *si nescit* rem, quae apud

ganze Geschäft rückgängig wird. Ist zur Zeit der erklärten Annahme kein Widerruf erfolgt, so gilt die nicht widerrufene Erklärung des Gebers als fortdauernder Wille, Beide haben nun in demselben Zeitpunkt übereinstimmend die Schenkung gewollt, und diese ist daher perfect geworden. War aber, zur Zeit der erklärten Annahme, der Geber unfähig geworden zu wollen, weil er in der Zwischenzeit gestorben oder wahnsinnig geworden war, so ist nun die Schenkung gar nicht vorhanden, weil kein Zeitpunkt angegeben werden kann, worin Beide gemeinschaftlich die Schenkung gewollt hätten (n).

Specielle Anwendungen und Bestätigungen dieser letzten Regel finden sich in folgenden Fällen. Wenn ich dem

se est, sibi esse donatam ... donatae rei dominus non fit." Natürlich so lange, bis er es erfährt, und nunmehr einwilligt.

(n) *L.* 2 § 6 *de don.* (39. 5.). „Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus (donator) erit, quam ad me perferret, non fieri pecuniam dominii mei constat." *L.* 8 *C. de O. et A.* (4. 10.). — Daß der Erbe des Gebers von Neuem schenken kann, versteht sich, aber der Wille des Verstorbenen, der eine bloße Thatsache ist so lange er nicht in ein vollendetes Rechtsgeschäft übergegangen war, kann nicht als in dem Erben fortdauernd angesehen werden. Die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen gehen auf den Erben über, die thatsächlichen Verhältnisse nicht; zu diesen letzten aber gehört das bloße Wollen eben so gut, als der Besitz, welcher bekanntlich auch nicht von selbst auf den Erben übergeht. — Man könnte fragen, warum dieses gerade bey der Schenkung besonders bemerkt werde, da doch diese, was die Nothwendigkeit des übereinstimmenden Willens betrifft, mit dem Kauf u. s. w. ganz auf gleicher Linie steht (Note g). Der Grund liegt darin, daß bey dem Kauf eine Obligation vor der Tradition vorhergeht, die selbst schon ein vollendetes Rechtsgeschäft ist, und daher auf den Erben übergeht, anstatt daß bey der Schenkung ganz gewöhnlich alles eigentliche Rechtsgeschäft mit der Tradition anfängt und endigt.

Titius ein Darlehen gebe, mit der Bestimmung das Geld an Sejus zurück zu zahlen, so liegt darin Nichts als der Auftrag zu einem künftigen Geldgeschenk, den ich jederzeit zurücknehmen kann (§ 157. q). Zahlt nun Titius an Sejus nach meinem Tode, so ist das Eigenthum des Geldes auf Sejus übergegangen, weil Titius Eigenthümer war; gegen meinen Erben frey geworden ist Titius nur, wenn er meinen Tod nicht wußte, weil er außerdem wissen mußte, daß sein Mandat erloschen war. Eben so wenn der Auftrag zu dem Geldgeschenk an Titius ganz einfach, ohne vorhergehendes Darlehen, gegeben war; zahlt er ohne meinen Tod zu wissen, so hat er eine mandati actio gegen meinen Erben, außerdem nicht (o). Hier ist nun allein von dem Verhältniß des Titius die Rede, wie steht es aber mit dem Geschenk an Sejus? Dieses ist, nach dem oben aufgestellten Grundsatz, gewiß nichtig. Daher hat mein Erbe gegen Sejus die condictio sine causa auf das empfangene Geld, welche Klage er dem Titius cediren muß, wenn ihm dieser, wegen wissentlich unrichtiger Zahlung, zunächst verantwortlich ist. — Ein ähnlicher Fall ist folgender (p). Eine Frau will ihrem Mann ein Grundstück mortis causa schenken, und übergiebt dasselbe zu diesem Zweck an Titius; nach dem Tode der Frau widersprechen ihre Erben, dennoch übergiebt es

(o) *L.* 19 § 3 *de don.* (39. 5.). Vgl. oben § 157. q.

(p) *L.* 11 § 8 *de don. int. vir.* (24. 1.). — Wiederum ein ähnlicher Fall, aber mit scheinbar widersprechender Entscheidung, kommt vor in *L.* 18 § 2 *de m. c. don.*, vgl. oben § 158. h.

Titius dem Mann. Hier soll unterschieden werden, ob Titius blos von der Frau beauftragt war, oder zugleich (oder allein) von dem Mann. Im ersten Fall war die Schenkung, nach dem oben aufgestellten Grundsatz, nie perfect geworden, und Titius ist den Erben zur Entschädigung verpflichtet; im zweyten Fall ist Titius, als Bevollmächtigter des Mannes, im Augenblick des Todes, Eigenthümer des Grundstücks geworden. Dadurch wurde die Schenkung perfect (q), die Erben müssen sie anerkennen, und wenn Titius das Grundstück hätte für sich behalten, oder den Erben ausliefern wollen, so würde der Mann gegen ihn eine mandati actio gehabt haben.

Scheinbar ähnlich, aber im Wesen verschieden, ist folgender Fall (r). Es schenkt Einer dem Andern eine Geld-

(q) Man könnte zweifeln, ob die Schenkung durch eine interposita persona, wie sie in der angeführten Stelle vorausgesetzt wird, perfect werden könne. Aber gerade dieses ist unzweifelhaft. *L.* 4 *de don.* (39. 5.). „Etiam per interpositam personam donatio consummari potest."

(r) *L.* 2 § 5 *de don.* (39. 5.). — Völlig widersprechend in der juristischen Beurtheilung, obgleich im letzten Resultat für den besonderen Fall gleich, ist *L.* 9 § 1 *de j. dot.* (23. 3.). Es giebt Einer einem Bräutigam Sachen als Dos, unter der (sich von selbst verstehenden) Bedingung, daß die Ehe zu Stande komme; vor der Ehe stirbt der Geber. Hier, sagt Ulpian, kann das Eigenthum der Sachen nicht mehr auf den Empfänger kommen, und das Geschäft ist ungültig. Allein aus besonderer Begünstigung der Dos muß man den Erben zwingen, nach Abschluß der Ehe das Eigenthum zu übertragen; ja wenn der Erbe abwesend ist, oder sich weigert, so muß man annehmen, das Eigenthum sey ipso jure übergegangen. — Diese Stelle ist zu erklären aus der eigenthümlichen Regel des älteren Rechts, daß die Schenkung einer mancipi res nur durch Mancipation, nicht durch Tradition, perfect werde; von solchen Sachen aber (wahrscheinlich von Grundstücken) war in der Stelle ohne Zweifel

summe unmittelbar durch Tradition, jedoch so daß Eigenthum und Schenkung von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht wird. Wenn nun der Geber vor Erfüllung der Bedingung stirbt oder wahnsinnig wird, so möchte man glauben, die Schenkung sey, eben so wie in den vorhergehenden Fällen, vernichtet. Hier aber ist sie völlig gültig, und der Grund der verschiedenen Entscheidung liegt darin, daß Wille und That der Personen schon Anfangs vollständig vorhanden waren, und die Gültigkeit des Geschäfts nur noch von einem äußeren Ereigniß abhängen sollte, bey dessen späterem Eintritt der Wille Nichts mehr zu thun hatte. Daher kann der Geber, auch während der unentschiedenen Bedingung, die (von seiner Seite schon perfecte) Schenkung nicht widerrufen, und

die Rede, und es ist nur jetzt die Spur davon verwischt. In *L.* 2 § 5 *cit.* dagegen ist ausdrücklich die Rede von baarem Geld, also von nec mancipi res, wobey jene Schwierigkeit nicht vorkam, weil da die Tradition die Schenkung perfect machte. Nun konnte man überhaupt bedingterweise tradiren, aber nicht eben so mancipiren (*L.* 77 *de R. J.* 50. 17.). Es war also blos eine Ungeschicklichkeit, die nur aus dem älteren Recht zu erklärende *L.* 9 § 1 *cit.* in die Digesten aufzunehmen, und ihr Inhalt darf uns nicht weiter stören. — Ausführlich habe ich diese Erklärung dargestellt in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. 4 S. 51—59. Die Gründe, die dagegen neuerlich aufgestellt sind von W. Sell, bedingte Traditionen, S. 117—138, überzeugen mich nicht. Er selbst erklärt die Stelle aus der Annahme, daß das Geben einer Dos an den Mann eigentlich ein Mandat sey, sie der Frau zu geben, welches Mandat durch des Gebers Tod erlösche. Diese Annahme aber ist völlig grundlos, das Geschäft der dotis constitutio ist durch das Geben an den Mann, sobald die Ehe da ist, durchaus vollendet, und die späteren Schicksale der Dos berühren den Geber gar nicht mehr.

daher wird ferner die später erfüllte Bedingung auf den Zeitpunkt des Vertrags zurückgeführt (§ 120).

§. 161.

V. Schenkung. — Vertragsnatur. (Fortsetzung.)

Da wo die Schenkung, wie gewöhnlich, auf Vertrag gegründet ist, müssen noch besonders einige Fälle beachtet werden, worin bey dem Willen des Einen, oder auch Beider, ein Irrthum zum Grund liegt.

Der erste Fall eines solchen möglichen Irrthums betrifft die dem Irrenden gegenüberstehende Person (a). Wenn der Geber in der Person des Empfängers irrt, so entsteht natürlich keine Schenkung. Hat also Gajus dem Sejus ein Geschenk zugedacht, welches aus Versehen an Titius gekommen, und von diesem, gleichfalls aus Versehen, angenommen worden ist, so ist überhaupt noch gar kein Geschäft geschlossen, und auf keiner Seite ein Recht erworben, so daß der Geber die ganze Schenkung noch zurücknehmen kann. Anders steht es im umgekehrten Fall, wenn Gajus dem Titius schenken will, und dazu den Sejus als Überbringer gebraucht, welcher aber unredlicherweise das Geschenk in eigenem Namen giebt, und so den Titius veranlaßt, in der von ihm angenommenen Schen-

(a) Von dieser Art des Irrthums im Allgemeinen vgl. oben § 136. In der Regel ist dadurch das Daseyn eines Vertrags ganz ausgeschlossen.

kung einen unrichtigen Geber zu denken. In diesem Fall ist zwar, der Strenge nach, auch keine Schenkung vorhanden, so daß Gajus die geschenkte Sache wieder abfordern könnte; diese Klage soll jedoch durch eine doli exceptio entkräftet werden (b). Der Unterschied beider Fälle liegt darin, daß für den Geber freylich die Person des Empfängers das Allerwichtigste ist, aber nicht so auch umgekehrt. Denn in den meisten Fällen wird ein Geschenk gerne angenommen werden, woher es auch komme, so daß der Irrthum über den Geber minder wesentlich ist, und den Consens des Empfängers nicht entkräftet. Zwar ist der Geber dabey interessirt, daß der Beschenkte wisse, wem er Dank schuldig sey; allein dieses Interesse erhält seine volle Befriedigung durch die nachfolgende Berichtigung des Misverständnisses.

Ein zweyter Irrthum kann das Rechtsverhältniß betreffen, indem der Geber und der Empfänger dabey an verschiedene Verhältnisse denken. Nach allgemeinen Regeln kommt in einem solchen Fall überhaupt gar kein Rechtsgeschäft zu Stande (§ 136. a). Besonders einleuchtend ist dieses, wenn der Geber an ein Commodat oder Darlehen denkt, der Empfänger an eine Schenkung, in welchem Fall gewiß Niemand eine Schenkung als vorhanden annehmen

(b) *L.* 25 *de don.* (39. 5.). Zunächst wird darin nur der Übergang des Eigenthums in Frage gestellt; dieser ist aber hier mit der Gültigkeit der Schenkung identisch, wie auch die am Schluß gestattete doli exceptio zeigt, welche hier der Vindication eben so gut, wie der Condiction, entgegen stehen muß.

wird (§ 160. g. h). Mehr Zweifel könnte der umgekehrte Fall erregen, wenn der Geber schenken will, der Empfänger aber glaubt, es sey ihm die Sache als Commodat, oder als Darlehen gegeben, und sie in diesem Sinn annimmt. Auf einen solchen Fall beziehen sich folgende zwey Stellen, über deren wahren oder vermeintlichen Widerspruch, schon von der Glossatorenzeit an, die verschiedensten Meynungen aufgestellt worden sind (c).

L. 36 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.). (Julianus lib. XIII. Dig.) Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

L. 18 *pr. de reb. cred.* (12. 1.). (Ulpianus lib. VII. Disp.) Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse: magisque numos accipientis non

(c) Schriftsteller über diese Stellen: Glück B. 4 S. 152—156. B. 8 S. 120—123. M. E. Regenbrecht comm. ad L. 36 de a. r. d. et L. 18 de R. C., Berol. 1820. Meyerfeld l. S. 121—123. Die Früheren werden in großer Masse von diesen angeführt.

fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti.

In diesen Stellen werden zwey Fragen erörtert, die von einander großentheils unabhängig sind. Die eine: ob Eigenthum übergeht. Die andere: ob eine gültige Schenkung, oder vielleicht auch ein gültiges Darlehen vorhanden ist. Das Verhältniß beider Fragen aber ist dieses. Wer die zweyte bejaht, muß nothwendig auch die erste bejahen. Wer die erste bejaht, kann daneben noch immer die zweyte bejahen oder verneinen.

Der Übergang des Eigenthums ist der einzige Gegenstand, der in der ersten Stelle von Julian untersucht wird. Er behauptet diesen Übergang ganz bestimmt, sogar als unzweifelhaft (constat) für alle Fälle, worin Beide übereinstimmend wollen, daß überhaupt Eigenthum übergehe, wenngleich ihr Wille durch den Gedanken an verschiedene Rechtsgeschäfte begründet ist. Er wendet dieses an auf zwey verschiedenartige Fälle; in dem einen wollen Beide sogar dieselbe causa, nämlich die solvendi causa, nur in Voraussetzung verschiedener vorhergehender Obligationen: in dem andern will Einer die donandi, der Andere die obligandi oder credendi causa; die Entscheidung ist für beide Fälle dieselbe. Ulpian berührt die Frage nach dem Schicksal des Eigenthums nur ganz beyläufig, bey Gelegenheit des gültigen Darlehens, und darin

liegt Einiger Schein für Diejenigen, welche die Worte numos accipientis non fieri gar nicht als Verneinung des erworbenen Eigenthums, sondern nur des gültigen Darlehens, auffassen. Julian also betrachtet als entscheidend den Willen, daß Eigenthum übergehe, woneben ihm der Grund dieses Willens so sehr in den Hintergrund tritt, daß die Verschiedenheit der vorausgesetzten Gründe den Übergang nicht hindern soll. Ulpian dagegen (wenn er wirklich den Übergang des Eigenthums verneinen will) betrachtet als entscheidend den auf einem bestimmten Grund beruhenden Willen der Übertragung, so daß die Übertragung selbst gehindert werden soll, wenn Beide Personen an verschiedene Gründe denken. Jedoch diese ganze, das Eigenthum betreffende, Frage liegt hier außer den Gränzen unsrer Untersuchung, und wir lassen sie an dieser Stelle auf sich beruhen (d).

Die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist es, die uns hier angeht. Darüber nun sagt Ulpian, eine gültige Schenkung sey gewiß nicht vorhanden, welches auch Julian bezeuge (e). Dieses also war, wie es scheint, ganz un-

(d) Für Julian könnte man geltend machen § 40 *J. de rer. div.* (2. 1.). „Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre*, ratam haberi;" denn dieſe voluntas ist hier augenscheinlich vorhanden, und hierin stimmt auch der Empfänger überein. Doch soll damit der ganzen Untersuchung nicht vorgegriffen werden, die nur im Zusammenhang der ganzen Lehre von der Tradition befriedigend angestellt werden kann.

(e) Die Stelle des Julian, worauf er sich hier bezieht, ist offenbar nicht die im Text abgedruckte *L.* 36 *de adqu. rer. dom.*,

bestritten; es folgt aus dem oben aufgestellten allgemeineren Grundsatz, und ist für unsren gegenwärtigen Zweck das allein Wichtige. Er selbst setzt hinzu, es sey auch kein Darlehen geschlossen; daß er dafür nicht wieder Julian anführt, darf nicht als Zeichen eines Streites über diese Frage angesehen werden: Ulpians Entscheidung beruht hier auf demselben Grunde wie bey der Schenkung, nämlich auf der für dieses specielle Geschäft fehlenden Übereinstimmung. Hierauf folgt nun endlich der wichtigste Theil der Stelle, welcher von dem praktischen Ausgang der ganzen Sache handelt (f). Ehe dieser erklärt werden kann, ist noch eine genauere Betrachtung des ganzen Hergangs nöthig.

Die unzweifelhaft richtige Verneinung, sowohl der Schenkung als des Darlehens, bezieht sich zunächst auf den Augenblick der Tradition. Betrachten wir aber die möglichen Veränderungen dieses ursprünglichen Zustandes. Wenn zuerst der Empfänger das Misverständniß entdeckt,

denn darin steht hierüber kein Wort, wenigstens so weit sie in die Digesten aufgenommen ist.

(f) Viele haben mit Unrecht Gewicht gelegt auf die Verbindung durch Quare, Einige indem sie Ulpian deshalb tadeln, weil das Zweyte aus dem Ersten nicht folge, wohl eher das Gegentheil. Allein quare drückt gar nicht immer eine Folgerung aus, sondern auch den bloßen Übergang zu einer neuen Seite des Gegenstandes, die nun betrachtet werden soll. Doch fehlt es hier auch nicht an einer Causalverbindung, denn aus der Abwesenheit jedes gültigen Rechtsgeschäfts folgt allerdings die Zulässigkeit einer condictio (sine causa); hierauf aber, und nicht auf die nachher erwähnte Exception, muß das quare bezogen werden, wenn es überhaupt eine Folgerung bezeichnen soll.

und nun in den (noch unveränderten) Willen des Gebers einzugehen erklärt, ſo iſt unzweifelhaft eine gültige Schenkung entſtanden, weil nun Beide dieſelbe übereinſtimmend gewollt haben; eben ſo entſteht gewiß ein gültiges Darlehen, wenn der Geber die Entdeckung macht, und ſich dahin erklärt, daß er das von dem Empfänger gemeynte Darlehen jetzt gleichfalls wolle. Der Fall muß alſo von Ulpian vielmehr ſo gedacht ſeyn, daß der Geber, ſobald er zuerſt über das Misverſtändniß klar wird, ſeine wohlwollende Abſicht ändert, und nun Alles widerruft, worauf ja offenbar die erwähnte Klage hindeutet.

Welche Klage wird er anſtellen, und was wird der Erfolg des Rechtsſtreits ſeyn? Entweder iſt das Geld noch unberührt vorräthig, oder es iſt ausgegeben. Im erſten Fall wird der Geber, nach Ulpian, eine Vindication anſtellen, nach Julian eine condictio sine causa. Und jede dieſer Klagen muß dem Geber das Geld wieder verſchaffen, ohne daß ihn eine doli exceptio daran hindern könnte. Denn es iſt ja offenbar kein Dolus, ſeinen Willen zu ändern, ſo lange dieſer Wille noch nicht in ein bindendes Rechtsgeſchäft übergegangen iſt. Das Daſeyn eines Rechtsgeſchäfts aber wird von Ulpian beſtimmt verneint, zum Theil mit Berufung auf Julian. — Setzen wir nun den zweyten Fall, daß das Geld ausgegeben ſey. Dieſes kann in der Art geſchehen ſeyn, daß der Werth noch im Vermögen iſt, indem der Empfänger dafür etwa ein Haus gekauft oder eine Schuldforderung erworben hat.

Auch hier wird die Condiction gelten, mit ungestörtem Erfolg, da nach der allgemeinen Natur der Condictionen eine solche Verwandlung ganz gleichgültig ist (g). Es kann aber endlich das Geld auch so ausgegeben seyn, daß davon im Vermögen keine Spur übrig geblieben ist, indem es der Empfänger verschenkt, verspielt, zur Schwelgerey verwendet hat. Dieses ist der einzige Fall, woran Ulpian denkt (h), und in diesem Fall soll die Condiction durch doli exceptio ausgeschlossen seyn. Der Grund liegt darin, daß die Condictionen überhaupt nur gelten, wenn das Gegebene entweder noch vorhanden ist, sey es in seiner ursprünglichen Gestalt, oder durch Verwandlung in ein anderes Vermögensstück (Note g), oder wenn es durch Dolus des Empfängers verschwunden ist (§ 150. m). Im vorliegenden Fall aber ist ein solcher Dolus nicht zu behaupten, da der Empfänger, selbst von seinem Standpunkt aus (als Darlehnsschuldner), das Geld ausgeben durfte; ein Dolus wäre nur vorhanden, wenn er das Geld verschwendet hätte, nachdem ihm der Widerruf des Gebers

(g) *L.* 65 § 6. 8 *de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 26 § 12 *eod.* „nempe hoc solum *refundere debes, quod ex pretio habes.*" Vergl. oben § 151.

(h) Ich erkläre also hier den Ausdruck consumserit von Verschwendung. Allerdings steht er oft, ja wohl noch häufiger, für jedes Aufzehren, also auch Dasjenige, wobey ein Vortheil im Vermögen zurück bleibt. (Vergl. § 35 *J. de rer. div.* 2. 1., *L.* 65 § 6 *de cond. ind.* 12. 6. u. s. w.). Allein gerade bey der Schenkung wird anderwärts der Ausdruck von Verschwendung erklärt (§ 150. o), und es ist daher gewiß nicht als willkührlich zu tadeln, wenn ich es in dieser Stelle des Ulpian eben so erkläre, da nur auf diese Weise ein Widerspruch der Stelle mit unzweifelhaften anderen Regeln abzuwenden ist.

bekannt geworden war. Vielmehr würde jetzt der Geber in dolo seyn, wenn er seine frühere Liberalität so wenden wollte, daß der Empfänger durch den ganzen Hergang positiv ärmer würde, da doch die Consumtion zu einer Zeit geschehen ist, worin sie dem damals noch unveränderten Willen des Gebers völlig gemäß war. Dieses Letzte, als den eigentlichen Grund der Entscheidung, drückt Ulpian aus in den Worten: quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti, und es ist dieselbe natürliche Betrachtung, welche von den alten Juristen auch schon bey der Schenkung unter Ehegatten angewendet worden ist (§ 150. u). — Es ist also überhaupt kein nothwendiger Grund vorhanden, in der Beurtheilung dieses besonderen Falles einen Widerspruch zwischen Julian und Ulpian anzunehmen, da Beide in dem wichtigsten Punkt übereinstimmen, daß eine gültige Schenkung (und eben so ein gültiges Darlehen) ursprünglich gar nicht vorhanden ist.

Da, wo die Schenkung auf einem Vertrag beruht, kann sie, wie jeder andere, das Vermögen betreffende, Vertrag eingeschränkt werden durch Bedingung, Zeit, oder Modus (§ 116). Für diese Beschränkungen ist wichtig der oben angegebene Begriff der perfecta donatio (§ 155). Vor der Vollendung desjenigen Geschäfts, worin die Schenkung sichtbar wird, kann der Geber jede willkührliche Einschränkung hinzufügen, da er ja sogar die ganze Schenkung noch rückgängig machen kann; nach jenem Zeitpunkt

steht dieses nicht mehr in seiner Macht (i). — Was das Einzelne dieser Beschränkungen betrifft, so sind nur zwey Fälle derselben von so durchgreifendem Einfluß, daß dadurch die Schenkung selbst eine ganz eigenthümliche Gestalt annimmt: die mortis causa donatio, welche auf einer einzelnen Art möglicher Bedingungen beruht, und die donatio sub modo im Allgemeinen. Alle übrigen bedingten Schenkungen, so wie die durch Zeit beschränkten, haben keine hervorstechende Eigenthümlichkeit. Die beiden eben genannten Rechtsinstitute aber müssen zu einer abgesonderten Darstellung am Ende der ganzen Lehre vorbehalten bleiben, da eine befriedigende Behandlung derselben erst dann möglich ist, wenn die auf positiven Gesetzen beruhenden Einschränkungen (insbesondere die Insinuation) abgehandelt seyn werden.

§. 162.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten.

Die genaue Begränzung des Begriffs der Schenkung wurde nur nöthig durch drey im positiven Recht enthaltene Einschränkungen: eine derselben beruht auf erschwerenden Formen, eine zweyte auf dem Verbot während der Ehe, die dritte auf der Widerruflichkeit aus besonderen Gründen (§ 142). Für die Darstellung des neuesten Rechts ist es nöthig, die Ordnung der zwey ersten Einschränkun-

(i) *L. 4 C. de don. quae sub modo* (8. 55.).

gen umzukehren, und das Verbot unter Ehegatten voran zu stellen, obgleich es eine weit speciellere Natur hat.

Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten ist von zwey Seiten zu betrachten. Die eine derselben gehört der Ehe an; dahin ist zu rechnen die Feststellung der Gründe, wodurch das Verbot herbeygeführt worden ist, welche nur im Zusammenhang des Eherechts auf befriedigende Weise unternommen werden kann, und daher hier ausgesetzt bleibt (a). Die andere Seite fällt in die allgemeine Lehre von der Schenkung, welche ohne sie ganz lückenhaft bleiben würde, da sogar diese Anwendung für die Römischen Juristen fast die einzige Veranlassung gewesen ist, den Begriff der Schenkung auszubilden und scharf zu begränzen (§ 142).

Die allgemeine Bedingung dieses Verbots besteht also darin, daß die Schenkung *unter Ehegatten*, folglich während einer bestehenden Ehe, vorgenommen werde. Es ist dabey derjenige Begriff der Schenkung zur Anwendung zu bringen, welcher schon oben vollständig entwickelt wor-

(a) Nur den Widerspruch muß ich hier wiederholen gegen die neuerlich aufgestellte Ansicht, nach welcher dieses Verbot zuerst in der strengen Ehe entstanden, und dann in die freye Ehe (worin wir es jetzt finden) herüber genommen seyn soll. Vergl. Savigny Recht des Besitzes, Einleitung S. LXVI der 6ten Ausgabe. Für die Ehefrau in manu bedurfte es eben so wenig eines Schenkungsverbots, als für den Sohn in väterlicher Gewalt; die Schenkung war für sich unmöglich, weil sie gar keine denkbare Wirkung haben konnte. Die Frau konnte dem Mann nicht schenken, weil sie Nichts hatte, der Mann seiner Frau nicht, weil er es sich selbst geschenkt hätte, indem Alles, was sie überhaupt erwarb, in sein Vermögen kam.

den ist. Namentlich ist Veräußerung nöthig, und Bereicherung; diese Bereicherung muß fortdauernd seyn, und aus der Absicht des Gebers hervorgehen.

Da die Schenkung während einer Ehe geschehen seyn muß, damit das Verbot wirken könne, so sind dadurch zweyerley Fälle ausgeschlossen.

Erstlich wenn das Verhältniß des Gebers zum Empfänger überhaupt nicht Ehe ist. Dahin gehört also jedes geschlechtliche Verhältniß niederer Art, wie Concubinat und was noch tiefer steht als dieses (b). Es wäre irrig anzunehmen, diese Verhältnisse hätten noch weniger Anspruch auf Gültigkeit der Schenkung als die Ehe, weil sie geringer seyen als diese. Denn das Verbot in der Ehe gründet sich auf die Befürchtung, daß die Reinheit und innere Würde derselben durch Schenkungen gefährdet werden möchte; bey jenen Verhältnissen aber ist Nichts zu verderben. — Eben dahin gehört, dem Grundsatz nach, auch jedes Verhältniß, welches von den zusammen lebenden Personen als Ehe gemeynt ist, aber aus Rechtsgründen nicht als wahre Ehe angesehen werden kann (c). In

(b) *L.* 3 § 1 *L.* 58 *pr.* § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 31 *pr. L.* 5 *de don.* (39. 5.). — Eine Ausnahme scheint bestimmt für die Concubine (focaria) eines Soldaten, in *L.* 2 *C. de don. int. vir.* (5. 16.). Indessen möchte wohl, in dem besondern Fall dieser Stelle, die Ungültigkeit der Schenkung eher in der mangelnden Perfection, als in dem persönlichen Verhältniß der Empfängerin, ihren Grund haben.

(c) *L.* 3 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.). „.. si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, *donatio valebit.*"

der Anwendung aber ist dieser Grundsatz manchen Modificationen unterworfen. Zwar wenn das Ehehinderniß nicht als eigentliches Verbot angesehen werden kann, wie z. B. das unreife Alter, ist die Schenkung, wegen der Nichtigkeit einer solchen Ehe, in der Regel gültig (d); sie ist aber ausnahmsweise ungültig, wenn die vermeyntlichen Ehegatten das Hinderniß nicht kannten: hier jedoch nicht wegen des Schenkungsverbots (das auf den Fall dieser nichtigen Ehe keine Anwendung leidet), sondern weil man es nun nicht als reine Schenkung, vielmehr als eine Art von datum ob causam betrachtet, welches wegen der irrigen causa zurückgefordert werden kann (e). — Anders verhält es sich, wenn das Ehehinderniß auf einem eigentlichen Verbote beruht. Zwar paßt auch hier das nur auf wahre Ehen berechnete Schenkungsverbot unmittelbar nicht. Es wird aber als unwürdig angesehen, daß die Schenkung bey einer verbotenen Ehe mehr Wirksamkeit habe, als bey einer gültigen (f). Daher gilt hier stets Zurückforderung des Geschenks. Ist nun der Geber, welcher die Rückforderung geltend macht, in Beziehung auf das

(d) *L.* 65 *de don. int. vir.* (24. 1.). — Eben dahin würde der Fall einer Ehe unter Peregrinen gehören, die ja auch nicht moribus legibusque nostris constat (Note c), ohne deshalb verboten zu seyn, d. h. für etwas Schlechtes, Verwerfliches zu gelten.

(e) *L.* 32 § 27 *in f. de don. int. vir.* (24. 1.).

(f) *L.* 3 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.) führt nach den in Note c abgedruckten Worten einige Beyspiele verbotener Ehen an, und fährt dann so fort: „valebit donatio, quia nuptiae non sunt: sed fas non est, eas donationes ratas esse: ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt."

vorhandene Verbot, schuldlos, so behält er das zurückgegebene Geschenk gerade so, wie wenn die Ehe gültig, und deshalb die Schenkung nichtig gewesen wäre (g). Wenn dagegen der Geber als der Schuldige, in Beziehung auf das Eheverbot, zu betrachten ist, so wird das Geschenk zwar auch zurückgefordert, aber so daß es der Fiscus anstatt des Schuldigen erhält (h).

Zweytens ist die Schenkung gültig, wenn sie vor dem Anfang der Ehe, oder nach dem Ende derselben (im Fall der Scheidung) geschieht. — Die Schenkung vor der Ehe ist die donatio ante nuptias, die zunächst nur beachtet wurde im Gegensatz der Schenkung unter Ehegatten, um hervorzuheben, daß sie noch nicht unter das, für dieselben Personen bald nachher eintretende, gesetzliche Verbot falle. Dieses war ihre negative Seite; dann wurde aber auch eine positive Eigenthümlichkeit in ihr angenommen, indem

(g) *L.* 7 *C. de don. int. vir.* (24. 1.). Hier hatte der Vormund seine Mündel zur Ehe genommen und von ihr ein Geschenk erhalten; dieses soll sie zurück fordern können. In einem solchen Verhältniß nämlich ist der Vormund allein der strafbare Theil, die Frau ist schuldlos. *L.* 128 *de leg.* 1 (30. un.). Eben so würde im Fall verbotener Verwandtschaft der Geber schuldlos seyn, und also zurückfordern können, wenn er über die Verwandtschaft in Unwissenheit wäre; das Bewußtseyn des Empfängers wäre gleichgültig.

(h) *L.* 32 § 28 *de don int. vir.* (24. 1.). Ehe eines Senators mit einer Freygelassenen, eines Vormunds mit seiner Mündel. In beiden Fällen wird der Mann als der Geber vorausgesetzt, sonst würde die Stelle der in der Note g angeführten widersprechen. Der Mann aber ist allein der Schuldige, nicht blos im Fall des Vormunds, sondern auch des Senators; denn dieser verletzt die Würde seines Standes, die Freygelassene wird durch die Folgsamkeit gegen den Patron gerechtfertigt.

sie nicht als reine Schenkung, sondern zugleich als datum ob causam behandelt wurde, welches die Folge hat, daß sie in den meisten Fällen zurückgefordert werden kann, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt (i). Zuletzt wurde sie in die donatio propter nuptias umgebildet, in welcher Gestalt sie gar nicht mehr die Natur einer Schenkung an sich trägt. Daneben aber besteht noch immer der ursprüngliche Grundsatz, daß vor dem Anfang der Ehe jede Schenkung unter den künftigen Ehegatten (auch wenn sie nicht die besonderen Eigenschaften einer donatio propter nuptias an sich trägt) von dem gesetzlichen Verbot nicht betroffen wird (k). Besondere Rücksicht verdienen die Fälle, worin die Schenkung dergestalt in verschiedene Zeitpunkte fällt, daß sie in dem einen juristisch begründet wird, in dem andern in Erfüllung gebracht werden soll. Fällt nun jener erste Zeitpunkt vor den Anfang der Ehe, die Erfüllung aber wird der schon vollzogenen Ehe vorbehalten, so ist das Schenkungsverbot darauf anwendbar (l). Eben so ist es umgekehrt nicht anwendbar, wenn zwar während der Ehe die Schenkung juristisch begründet wird, ihre Wirksamkeit aber erst nach aufgelöster Ehe eintreten soll. Daher ist unter Ehegatten gültig die mortis causa dona-

(i) *L.* 15. 16 *C. de don. ante nupt.* (5. 3.).

(k) Am Unzweifelhaftesten zeigt sich der Unterschied, wenn die Braut dem Bräutigam schenkt, welches niemals als propter nuptias donatio gedacht werden kann. Aber auch Geschenke des Bräutigams können vorkommen, ohne daß dabey die besondere Absicht der pr. n. donatio zum Grunde liegt.

(l) *L.* 32 § 22 *de don. int. vir.* (24. 1.).

tio, weil diese überhaupt erst durch den früheren Tod des Gebers volle Bestätigung erhält (m). Eben so auch die Schenkung für den Fall einer bevorstehenden Scheidung, weil durch die Scheidung, eben so wie durch den Tod, die Ehe aufgelöst wird (n).

Das Verbot beschränkt sich nicht auf die Schenkung eines Ehegatten unmittelbar an den andern, sondern es umfaßt zugleich alle diejenigen Personen, mit welchen die Ehegatten in Vermögenseinheit stehen. Der Mann kann also auch nicht schenken dem Vater der Frau, wenn sie in dessen Gewalt steht, ihren Geschwistern, die mit ihr in desselben Vaters Gewalt leben, desgleichen ihrem Sklaven; eben so darf er nicht von diesen Personen Geschenke annehmen. Auf gleiche Weise ist verboten die Schenkung

(m) *L.* 9 § 2 *L.* 10 *L.* 11 *pr.* § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.). Ulpian. VII. § 1 stellt dieses als Ausnahme von dem Schenkungsverbot dar, was es streng genommen nicht ist. — Andere Schenkungen von Todes wegen werden gewöhnlich so gemacht, daß das Eigenthum gleich Anfangs übergeht; dieses ist unter Ehegatten unmöglich. — In *L.* 9 § 2 *cit.* heißt es: „Inter virum et uxorem m. c. donationes *receptae sunt.*" Das darf nicht etwa so verstanden werden, als wären sie früher auch verboten gewesen, und erst später zugelassen worden; dieser Annahme widerspricht theils der allgemeine, durchgreifende Grund ihrer Gültigkeit, theils der Umstand, daß ganz derselbe Ausdruck (receptum est) für das Verbot unter Ehegatten überhaupt gebraucht wird. *L.* 1 *eod.*

(n) *L.* 11 § 11 *L.* 12 *L.* 60 § 1 *L.* 61 *L.* 62 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). Der Unterschied von der m. c. donatio liegt darin, daß diese in Beziehung auf den Tod überhaupt (nicht blos auf eine bestimmte Todesgefahr) geschehen kann, jene dagegen nur mit Hinsicht auf die wirklich bevorstehende Scheidung, nicht auf die allgemeine Möglichkeit einer solchen überhaupt. — Auch diesen Fall behandelt Ulpian. VII. § 1 als Ausnahme von dem Verbot.

zwischen der Frau und des Mannes Vater, Geschwistern, Sklaven; hier kommt noch hinzu die Schenkung der Frau an ihre eigenen Kinder, so lange diese in des Mannes Gewalt stehen. Endlich ist auch jede wechselseitige Schenkung unter den hier genannten Personen verboten, so daß also der Vater des Mannes dem Vater der Frau nicht schenken kann, und umgekehrt (o).

§. 163.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten. (Fortsetzung.)

Die allgemeine Wirkung dieses Verbots besteht darin, daß jede Handlung, welche zur Vollziehung einer solchen verbotenen Schenkung dienen soll, als nicht geschehen

(o) *L.* 3 § 2 — 6 *L.* 32 § 16 *de don. int. vir.* (24. 1.). Fragm. Vatic. § 269. — Diese ungemeine Ausdehnung des Verbots beruht großentheils auf dem, durch Justinian sehr beschränkten Grundsatz des alten Rechts, daß die Kinder dem Vater erwerben, und sie kann daher im neuesten Recht nur theilweise zur Anwendung kommen. Wenn die Frau ihrem Sohne schenkt, so ist das nicht mehr eine mittelbare Schenkung an den Mann, außer insofern dieser den Niesbrauch erwirbt; daher kann nur dieser Niesbrauch nicht gelten, d. h. das Geschenk verwandelt sich von selbst in ein sogenanntes peculium adventitium extraordinarium. Eben so bey der Schenkung an die Brüder des Mannes. Nicht so bey der an den Schwiegervater. Denn hier gründet sich auch schon nach altem Recht das Verbot lediglich in der (oft factisch sehr sicheren) Aussicht des Mannes auf seines Vaters Erbschaft; hierin aber hat Justinian Nichts geändert. — Da, wo nach heutigem Recht die väterliche Gewalt durch die Ehe des Kindes aufgehoben wird, kann ohnehin nicht mehr von jenen Ausdehnungen des Verbots auf Eltern und Geschwister die Rede seyn. Stryk XXIV. 1 § 2.

betrachtet wird; das heißt, es gilt hier absolute Nullität (a).

Die Tradition also, und eben so im älteren Recht die Mancipation, überträgt in diesem Fall kein Eigenthum (Note a). Eben so entsteht daraus, wenn der Geber selbst das Eigenthum nicht hat, keine Usucapion (b). Beruht die Tradition auf einem negotium mixtum cum donatione (§ 154), so daß sie nur theilweise Schenkung ist, so entsteht durch sie ein getheiltes Eigenthum (c).

Sollte die Schenkung in einer übernommenen Obligation bestehen, so ist diese ganz nichtig. Wird nachher aus dieser Obligation Zahlung geleistet, so würde Dieses eigentlich keine Schenkung, sondern bloße Schuldenzahlung seyn (§ 157. a. b). Da aber die Schuld nichtig ist, so ist es dennoch wieder eine neue Schenkung, und daher gleichfalls nichtig.

Sollte die Schenkung durch einen Erlaßvertrag (wie Acceptilation) bewirkt werden, so gilt dieser gleichfalls als

(a) *L.* 3 § 10 *de don. int. vir.* (24. 1.). (Ulpian. lib. 32 ad Sab.). „Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, *ut ipso jure nihil valeat quod actum est.* Proinde, si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet. *Ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.*" — Eben so sagt Papinian, indem er von einer nicht zur Wirksamkeit gekommenen m. c. donatio spricht, in *L.* 52 § 1 *eod.* „nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur.*"

(b) *L.* 1 § 2 *pro donato* (41. 6.).

(c) *L.* 31 § 3 *de don. int. vir.* (24. 1.).

nicht geschlossen, das heißt die Schuld dauert unverändert fort (Note a).

Diese Regeln gelten für beide Ehegatten gleichmäßig. Dennoch zeigt sich ihr Einfluß durchgreifender bey den Schenkungen des Mannes an die Frau, als im umgekehrten Fall. Alles, was der Mann seiner Frau unentgeldlich giebt, hat von selbst die Natur einer Schenkung, und ist der angegebenen Nichtigkeit unterworfen. Die Frau kann stets ihr ganzes Vermögen unentgeldlich dem Mann überlassen, und dieses ist völlig gültig, so bald es zum Zweck einer Dos geschieht. Allerdings ist nun diese keine Schenkung, aber der Unterschied scheint mehr im Namen als in der Sache zu liegen. Denn der Mann bekommt an einer solchen Dos sogleich Eigenthum und Fruchtgenuß, zunächst also dieselben Rechte und Vortheile, die ihm auch eine Schenkung verschaffen könnte. Der praktische Sinn dieses, auch an die Frau gerichteten, Verbots besteht also darin, daß sie dem Mann nicht soll Vermögen anders unentgeldlich zuwenden können, als nach den für die Dos geltenden eigenthümlichen Regeln, das heißt hauptsächlich nicht anders, als so daß das Gegebene am Ende der Ehe auf die Frau selbst oder ihre Erben zurück falle (d).

(d) Nach dem älteren Recht nur auf sie selbst, nach dem neueren auch auf ihre Erben, so daß also nunmehr der praktische Unterschied der Dos von einer Schenkung der Frau an den Mann noch stärker hervortritt, als im älteren Recht. — Dieser Rückfall soll auch nicht etwa blos in der Regel eintreten, mit Vorbehalt abweichender willkührlicher Bestimmungen; vielmehr sind solche abweichende Verträge ungültig, außer wenn sie mit Rücksicht auf

Wenn zu der Schenkung zwischen Ehegatten Rechtsgeschäfte mit fremden Personen angewendet werden (§ 158), so entsteht die Frage, ob die im Allgemeinen ausgesprochene Nichtigkeit auch auf diese Rechtsgeschäfte mit zu beziehen ist, obgleich jene fremde Personen weder als Geber, noch als Empfänger, betrachtet werden können, also überhaupt in gar keinem Schenkungsverhältniß stehen. Dennoch muß auch hier die Nichtigkeit im Allgemeinen behauptet werden (e); die genauere Ausführung dieser Frage aber ist in der Beylage X. versucht worden.

Es sind nun noch die Rechtsmittel anzugeben, wodurch diese Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten zur Ausführung gebracht wird. Für viele Fälle bedarf es solcher Rechtsmittel gar nicht; bey der Schenkung durch Stipulation, wie durch Acceptilation, genügt die bloße Nichtigkeit an sich, indem durch die Stipulation keine Obligation entsteht, durch die Acceptilation die ursprüngliche Obligation nicht aufgehoben oder geschwächt wird. Es bedarf eines besonderen Rechtsmittels nur da, wo zum Nachtheil des Gebers irgend eine Veränderung bereits eingetreten ist, deren Folgen jetzt wieder aufgehoben werden sollen.

Für diesen Zweck gelten zwey Rechtsmittel: eine Vindication, wenn die geschenkte Sache noch vorhanden ist, so daß blos der Besitz dem Geber fehlt; eine Condiction,

Kinder dieser Ehe geschlossen werden. *L.* 16. 27 *de pactis dot.* (23. 4.), *L.* 1 § 1 *de dote praeleg.* (33. 4.).

(e) *L.* 3 § 10 *L.* 5 § 3. 4 *L.* 39 *de don. int. vir.* (24. 1.).

wenn ſich bey dem Empfänger nicht mehr die Sache ſelbſt, wohl aber der Werth derſelben vorfindet (f).

Bey der Vindication iſt eine eigenthümliche Ausdehnung zu bemerken. Sind Baumaterialien geſchenkt, welche ſich auf einem Grundſtück des Empfängers verbaut finden, ſo darf der Geber dieſelben, gegen die in anderen Fällen geltende Regel, aus dem Gebäude herausnehmen, wenn es nur ohne Beſchädigung geſchehen kann. Dagegen fällt nun auch die actio tigni juncti auf den doppelten Werth hinweg (g). Daß die Vindication auch gegen jeden dritten Beſitzer der geſchenkten Sache geht, liegt in der allgemeinen Natur dieſer Klage.

Die Condiction kann als sine causa, aber auch als ex injusta causa bezeichnet werden, da hier beide Benennungen gleichmäßig anwendbar ſind (h). Denn die factiſch vorhandene donationis causa ſteht mit einer abſoluten Rechtsregel im Widerſpruch (injusta causa), und hat da-

(f) *L.* 5 § 18 *de don. int. vir.* (24. 1.). „In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ... ut, si quidem exstet res, vindicetur: si consumta sit, condicatur, hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est." *L.* 36 *pr. eod.* „Si donatae res exstant, etiam vindicari poterunt." *L. un.* § 5 C. de r. u. a. (5. 13.). „... cum sit donatori facultas, per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi?"

(g) *L.* 63 *L.* 45 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 43 § 1 *de leg.* 1 (30. un.). — In *L.* 63 *cit.* muß mit der Vulgata geleſen werden: *quamvis* nulla actio est ... *quia* Decemviros ... Die Florentina hat beide Partikeln irrigerweiſe umgeſtellt. — Das Ganze iſt jedoch nur eine Begünſtigung des Gebers, ſo daß er gewiß auch den Werth condiciren kann, wenn er es vorzieht.

(h) *L.* 6 *de don. int. vir.* (24. 1.).

her kein juristisches Daseyn (sine causa). Sie geht auf die in dem Vermögen des Empfängers fortwährend vorhandene Bereicherung (Note f). Wie diese Bereicherung zu beurtheilen ist, insbesondere wenn ein wiederholter Umsatz von Vermögensstücken Statt gefunden hat, ist oben (§ 149—151) bestimmt worden. Ist entweder das Daseyn, oder der Umfang der fortwährenden Bereicherung streitig, so trifft die Beweislast den Beklagten. Denn die ursprüngliche Bereicherung ist stets unzweifelhaft, der Beklagte aber behauptet die Aufhebung oder Verminderung derselben durch eine spätere Thatsache, welche er daher beweisen muß. — In wiefern die Klage auch auf die Früchte der geschenkten Sache gerichtet werden kann, ist schon oben untersucht worden (§ 147).

Die Klage gilt unter den Ehegatten selbst, nur wenn unter ihnen auch die Schenkung vorgekommen war. Hatte diese unter anderen Personen Statt gefunden, deren persönliches Verhältniß zu den Ehegatten dieselbe unzulässig machte (§ 162), so gilt die Klage zwischen dem Geber und dem Empfänger (i). Das Geschenk also, das der Mann seinem Schwiegervater gab, hat er von diesem zurück zu fordern, nicht von der Frau.

Eine besondere Begünstigung der Rückforderung gilt für den Fall, wenn das geschenkte Geld zum Ankauf einer noch jetzt vorräthigen Sache verwendet wurde, der Empfänger aber insolvent geworden ist. Hier kann die ge-

(i) *L.* 32 § 16. 20 *de don. int. vir.* (24. 1.).

kaufte Sache mit einer utilis vindicatio eingeklagt werden (k).

Außer diesen Klagen hatte der schenkende Ehemann im älteren Recht noch ein besonderes Rechtsmittel. Er konnte am Ende der Ehe, wenn ihm die Dos abgefordert wurde, diese als Pfand zurück behalten bis ihm die an die Frau gemachten Geschenke zurückgegeben waren (l). Justinian hat diese Retention, so wie alle übrigen, aufgehoben (m).

Es giebt jedoch eine Anzahl von Fällen, worin ausnahmsweise die Schenkung unter Ehegatten aufrecht erhalten wird: bald indem sie gleich Anfangs als gültig anzusehen ist, bald indem sie durch spätere Thatsachen bestätigt wird (n).

So ist von dem Verbot im Römischen Recht ganz ausgenommen jede Schenkung zwischen dem Kaiser und der

(k) *L.* 55 *in f. de don. int. vir.* (24. 1.). „... Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare." Hieraus erklärt sich die in *L. un.* § 5 *C. de rei ux. act.* erwähnte utilis in rem actio (Note f).

(l) Ulpian. VI. § 9. „Retentiones ex dote fiunt ... *aut propter res donatas.*" Hieran schließt sich, als Erklärung und weitere Ausführung jener Worte, VII. § 1.

(m) *L. un.* § 5 *C. de rei ux. act.* (5. 13.). Die Aufhebung bezieht sich hier, wie in den anderen Fällen, nur auf die retentio pignoris loco. Wo die gewöhnliche Compensation eintreten kann, durch Abrechnung von Geld gegen Geld, ist durch jenes Gesetz Nichts geändert.

(n) Unter diese Fälle wahrer Ausnahmen von dem Schenkungsverbot gehört nicht die Schenkung eines Sklaven manumissionis causa, weil es keine wahre Schenkung ist (§ 150 Note d bis h). Eben so nicht die mortis causa und divortii causa donatio (§ 162), weil diese zwar wahre Schenkungen sind, aber erst nach aufgelöster Ehe gültig und wirksam werden.

Kaiserin (o). — Ferner die Schenkung, wodurch die Wiederherstellung eines abgebrannten Hauses bewirkt werden soll (p). — Dann die Schenkung der Frau an den Mann, damit dieser gewisse Ehrenrechte zu erlangen fähig werde: namentlich um ihm den Census der Ritter oder der Senatoren zu verschaffen, oder damit er die mit gewissen Magistraturen verknüpften öffentlichen Spiele besorgen könne (q). — Erlaubt ist ferner die Schenkung, die einem zur Deportation verurtheilten Ehegatten gemacht wird, oder umgekehrt (r). Im ersten Fall zwar kann dieses betrachtet werden als eine, erst nach aufgelöster Civilehe zu erfüllende Schenkung, die schon an sich gültig ist (s); im zweyten Fall aber hat es die besondere Bedeutung, daß nicht der Fiscus, an der Stelle des Gebers, das Geschenk soll zurück fordern können (t).

(o) *L.* 26 *C. de don. int. vir.* (5. 16.).

(p) *L.* 14 *de don. int. vir.* (24. 1.). Genannt ist hier nur die Schenkung des Mannes an die Frau; gewiß aber ist die umgekehrte Schenkung nicht weniger gültig.

(q) Ulpian. VII. § 1, *L.* 40. 41. 42 *de don. int. vir.* (24. 1.). Als Ausnahme tritt es nur hervor, so lange das Geschenk vorräthig ist, so z. B. bey dem für den Ritterstand nöthigen Vermögen, oder bey dem Geld für die Spiele vor dessen wirklicher Verwendung. Ist das Geld ausgegeben, so fällt ohnehin die Klage weg durch Consumtion. Auf einen solchen Fall geht *L.* 21 *C. de don. int. vir.* (5. 16).

(r) *L.* 43 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 13 § 1 *eod.* In dieser letzten Stelle werden Fälle von beiderley Art erwähnt.

(s) Vgl. oben § 162. m. n. — Nämlich der Deportirte wurde Peregrinus, wodurch die Ehe zu einer solchen wurde, auf welche das Verbot überhaupt nicht mehr paßte. § 162. d.

(t) Der Fiscus succedirt dem Deportirten per universitatem, kann also in der Regel alle Klagen anstellen, die Jener vor der Deportation selbst anstellen konn-

Eine besonders wichtige Ausnahme des Verbots beruht auf einer eigenen Art von Compensation. Wenn der Mann ein Geschenk der Frau verschwendet, so fällt dafür jede Rückforderung weg, weil er nicht reicher ist. Schenkt er ihr nun wieder, und sie behält das Geschenk, so müßte er es zurück fordern können, weil sie durch dasselbe reicher ist. Hier aber wird die Rückforderung durch Compensation mit der gegenseitigen Schenkung ausgeschlossen, obgleich diese nicht mehr zurück gefordert werden konnte (u).

§. 164.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 1. Verbot unter Ehegatten. (Fortsetzung.)

Die wichtigste Ausnahme endlich von dem Verbot einer solchen Schenkung ist durch den Senatsschluß vom J. 206 eingeführt worden (§ 150). Dieser wird bald dem K. Severus zugeschrieben, weil dieser damals der Hauptkaiser war (a), bald dem K. Caracalla, welcher, als Mitregent, den Antrag dazu in den Senat brachte (b), bald

te; also auch die Vindication oder Condiction auf das dem Ehegatten gemachte Geschenk, wenn nicht diese Klagen durch die besondere Ausnahme ausgeschlossen wären.

(u) *L* 7 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(a) „oratio D. Severi." *L.* 23 *de don. int. vir.* (24. 1.) von Papinian; *L.* 10 *C. eod.* (5. 16.) von K. Gordian; Fragm. Vat. § 276 von K. Diocletian.

(b) *L.* 32 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.) von Ulpian: „Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, *Imp. noster Antoninus Augustus*, ante excessum D. Severi patris sui, auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Aemi-

beiden Kaisern gemeinschaftlich (c); jede dieser Bezeichnungen konnte als richtig gelten, und keine derselben deutet auf zwey verschiedene Senatsschlüsse.

Nach diesem Senatsschluß wird die Schenkung unter Ehegatten gültig und wirksam, sobald der Geber in der Ehe stirbt, ohne einen Widerruf ausgesprochen zu haben. Man sieht es nun so an, als hätte der Geber eine mortis causa donatio im Sinn gehabt, das heißt in bestimmter Hinsicht auf seinen künftigen Tod in der Ehe geschenkt; da nun eine solche Schenkung unter Ehegatten schon in früherer Zeit als gültig anerkannt wurde, jedoch so daß sie erst im Augenblick des Todes wirken sollte (§ 162. m), so wurde nunmehr dieselbe Behandlung auf jede, auch ohne Erwähnung des Todes vorgenommene, Schenkung unter Ehegatten angewendet, wenn nur der Geber in der Ehe starb, ohne seinen Willen geändert zu haben. Diese Aufrechthaltung der erwähnten Schenkung durch die Fiction einer (ohnehin gültigen) mortis causa donatio erhellt zunächst aus einigen Stellen, worin geradezu von der m. c. donatio auf unsren Fall der Schenkung Folgerungen angewendet werden (d); außerdem auch noch aus einer Stelle

liano et Nummio Coss., ut aliquid laxaret ex juris rigore." Eben so (or. Imp. nostri, Imp. nostri Antonini Aug.) *L.* 32 § 1 *L.* 3 *pr. eod.*

(c) *L.* 3 *C. de don. int. vir.* (24. 1.) von Caracalla: „et ex mea et ex D. Severi patris mei constitutione." Fragm. Vatic. § 294 von Papinian: „... quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non oportere *maximi principes nostri suaserunt*, et ita Senatus censuit."

(d) *L.* 32 § 7. 8 *de don. int. vir.* (24. 1.). — Es liegt also da-

des Papinian, nach welcher diese Schenkung soll unanfechtbar seyn fini decimarum (Note c). Das will sagen, vor dem Senatsschluß konnten die Erben das ganze Geschenk zurückfordern, weil es nichtig gegeben war. Jetzt haben zwar die Erben gar kein Recht mehr, darum wird aber doch nicht gerade das ganze Geschenk aufrecht erhalten. Denn indem nun die Schenkung, um gültig zu seyn, die Natur einer m. c. donatio annimmt, wird sie auch allen Beschränkungen derselben unterworfen. So wie also die m. c. donatio überhaupt, einem Legate ähnlich, von der Capacität des Empfängers abhängt (e), muß dieses auch von der durch den Tod bestätigten Schenkung unter Ehegatten gelten. Sie ist daher nur gültig innerhalb der von der L. Julia vorgeschriebenen Gränze der decimae (f).

Diese Bestätigung wird aber unmöglich, wenn die Ehe

bey die natürliche Annahme zum Grunde, der Geber möchte wohl die Schenkung gemacht haben, um, für den Fall seines eigenen Todes, die Versorgung des Empfängers vollständiger zu sichern. Ein solcher vorsorglicher Gedanke ist gewiß der Natur des ehelichen Verhältnisses sehr angemessen.

(e) Vgl. unten § 173. b.

(f) Ulpian. XV. — Das fini decimarum auferre non oportere (Note c) heißt also: bis an die durch die decimae bestimmte Gränze soll dem überlebenden Ehegatten das Geschenk Niemand entziehen können. Was diese Gränze überschreitet, wird ihm zwar nicht mehr als nichtige Schenkung von den Erben entrissen, wohl aber als caducum von den liberos habentes oder dem Fiscus. — Denselben Sinn, wie jenes fini decimarum, hatten ursprünglich die Worte der *L.* 32 § 24 *de don. int. vir.* (24. 1.) „quae tamen in commune tenuerunt, *fine praestituto* revocanda non sunt." In Justinians Digesten haben diese Worte den trivialen Sinn: „nach den in dem Societätscontract enthaltenen Bestimmungen." (Vergl. § 154. k).

auf andere Weise, als durch des Gebers Tod, getrennt wird, nämlich durch den früheren Tod des Empfängers oder durch Scheidung; nun wirkt die Nichtigkeit in aller Strenge des früheren Rechts, und es ist höchstens eine neue Schenkung möglich (g). Der gleichzeitige Tod beider Ehegatten gilt jedoch als Bestätigung ihrer wechselseitigen Schenkungen (h).

Die Bestätigung wird auch verhindert, wenn der Geber vor seinem Tod die Schenkung widerrufen hat. Dazu ist nicht etwa die Anstellung einer Klage erforderlich, jede formlose Willenserklärung genügt, wird jedoch auch durch eine neue Willensänderung entkräftet. Es entscheidet also derjenige Wille, der als zuletzt vorhanden nachgewiesen werden kann (i).

Tritt die Bestätigung ein, so wird die Wirkung zurückgeführt auf die Zeit des gegebenen Geschenks, so daß nunmehr Alles so behandelt wird, als ob die Schenkung gleich Anfangs gültig gewesen wäre (i[1]).

Bey dieser Bestätigung der Schenkung durch den Tod des Gebers hat sich folgende Streitfrage von der Zeit der

(g) *L.* 32 § 10 *de don. int. vir.* (24. 1.). Bey der ungültigen Schenkung der Schwiegereltern u. s. w. ist bald der Tod des Gebers allein, bald auch der des einen Ehegatten zur Bestätigung erforderlich. *L.* 32 § 16. 20 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(h) *L.* 32 § 14 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 8 *de reb. dub.* (34. 5.).

(i) *L.* 32 § 2. 3. 4 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 18 *C. eod.* (5. 16.).

(i[1]) *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.). Auch dieses ist eine Folge der Gleichstellung mit der m. c. donatio, da bey dieser in der Regel eine gleiche Zurückführung der Gültigkeit eintritt (§ 170).

Gloſſatoren an bis auf unſere Tage fortgepflanzt. Die Einen laſſen ſie allgemein gelten, ohne Unterſchied der Schenkungsmittel: die Anderen nur für die durch Tradition einer Sache bewirkte Schenkung, nicht für andere Fälle, namentlich nicht für die Schenkung durch obligatoriſchen Vertrag (k).

Die allgemeine Anwendbarkeit, die ich für richtig halte, iſt in folgenden Stellen des Ulpian auf ſo beſtimmte Weiſe, ohne Zuſatz irgend eines Zweifels, anerkannt, daß ſie völlig herrſchend geworden ſeyn muß, wenn auch früher irgend ein Widerſpruch verſucht ſeyn ſollte.

L. 32 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.). (Ulp. lib. 33 ad Sab.). Oratio .. pertinet ... *ad omnes donationes* inter virum et uxorem factas: ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt, *et obligatio sit civilis* (l).

Noch beſtimmter im § 23 derſelben Stelle: Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habere ... *et genera-*

(k) Die älteren Schriftſteller finden ſich angegeben bey Glück B. 25 S 431—435 B. 26 S. 105—122 S. 214—216 und Schulting notae ad Digesta T. 4 p. 300. 304. — Neuere Schriftſteller: Wächter, Archiv für civil. Praxis B. 16 S. 107—124 (gegen die allgemeine Anwendung), Löhr ebendaſelbſt S. 233—242, Puchta, Rhein. Muſeum B. 6 S. 370—385 (Beide für die allgemeine Anwendung).

(l) Für den unbefangenen Leſer können dieſe Worte unmöglich etwas Anderes heißen, als: ſo daß ſowohl die Tradition, als die Stipulation ipso jure Gültigkeit erlangen, die bis zum Augenblick des Todes nichtig waren. Es iſt unglaublich, welche gezwungene Erklärungen verſucht worden ſind, um den in den Worten obligatio sit civilis liegenden entſcheidenden Beweis zu beſeitigen.

liter universae donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt.

Dieses Letzte sagt derselbe Ulpian, welcher kurz zuvor in demselben Werk gesagt hatte, unter Ehegatten seyen alle Schenkungen nichtig, sie möchten durch Traditionen versucht seyn, oder durch Stipulationen, oder durch Acceptilationen (§ 163. a); durch diese kurz vorhergehende Stelle erhalten die Worte: universae donationes *quas impediri diximus* ihren unzweifelhaften Sinn. — Unmittelbar auf die zuletzt angeführte Stelle folgt die Erwähnung der societas und der emtio donationis causa contracta (m); hier, heißt es, hindere meist schon die Natur der Societät oder des Kaufs die Gültigkeit des Geschäfts, ohne Rücksicht auf die Ehe, und dagegen könne auch der Senatsschluß nicht schützen; wo aber jener allgemeinere Grund nicht im Wege stehe, da wirke allerdings auch der Senatsschluß bestätigend ein. Hierin liegt ein entscheidender Beweis, daß der Senatsschluß an sich auf obligatorische Verträge eben so anwendbar war, als auf Traditionen. — In der folgenden Stelle (*L.* 33 *eod.*) macht Ulpian eine Anwendung dieser Regeln auf den besonderen Fall, wenn der Mann seiner Frau ein Jahrgeld durch Stipulation verspreche, oder umgekehrt die Frau dem Mann. Auch diese Schenkung, sagt er, wird durch den Senatsschluß bestätigt. Durch diese Anwendung werden die vorher angeführten allgemeinen Ausprüche nur noch unzwei-

(m) Sehr gut hat diesen Punkt hervorgehoben Puchta S. 375.

felhafter gemacht. Die Gegner der allgemeinen Anwendung haben oft seltsamerweise die letzte Stelle als das einzige vorhandene Zeugniß angesehen, und nun die willkührlichsten Behauptungen aufgestellt um zu erklären, warum gerade die Stipulation eines Jahrgeldes ein ganz besonderes Recht haben müsse. Hätten sie den hier dargestellten inneren Zusammenhang beider Stellen des Ulpian erwogen, so würde ihnen die Fruchtlosigkeit dieser ihrer Bemühung nicht entgangen seyn, da selbst die gelungenste Beseitigung der *L.* 33 *cit.* ihre Meynung um Nichts weiter bringen konnte.

In einem Rescript des K. Alexander (n) wird der Fall beurtheilt, da ein Mann seine Frau dadurch beschenken wollte, daß er die Summe der ursprünglich empfangnen Dos in einer späterhin, während der Ehe, ausgestellten Urkunde höher angab als sie wirklich war (Quod de suo .. in dotem adscripsit). Der Kaiser sagt, diese Schenkung, wenn sie nicht widerrufen sey, werde durch den Tod bestätigt, vorausgesetzt nur daß sie durch irgend ein bindendes Rechtsgeschäft perfect geworden sey (donationem *legitime confectam* ... quatenus liberalitas interposita *munita est*). Er fordert also nicht Tradition (welches nach der Meynung der Gegner geschehen mußte), sondern irgend eine nach allgemeinen Regeln gültige Perfection, indem das bloße adscribere allerdings nicht hinreichen konnte. Die Form der Stipulation war also in dem vorliegenden

(n) *L.* 2 *C. de dote cauta* (5. 15.).

Fall nicht ausgeschlossen, ja sie war so sehr die natürlichste und angemessenste, daß sie vor allen hier als angewendet vorausgesetzt werden kann (o).

Diesen Zeugnissen steht nun allerdings folgende bedenkliche, gleichfalls von Ulpian herrührende, Stelle entgegen.

L. 23 *de don. int. vir.* (24. 1.). (Ulpian. lib. 6 ad Sab.).

Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit (p).

Stände nicht das recte, als Zustimmung des Ulpian, dabey, so wäre Alles ganz einfach. Es wäre die blos historische Erwähnung, daß einmal Papinian die Anwendbarkeit des Senatsschlusses auf Stipulationen bezweifelt habe, die jedoch bald nachher allgemeine Anerkennung erhielt. Betrachten wir zuerst die inneren Gründe für beide entgegenstehende Meynungen, indem wir auf einen Augenblick jene Zustimmung auf sich beruhen lassen. Papinian konnte zu der beschränkteren Anwendung bestimmt werden durch die im Senatsschluß gebrauchten Worte: heredem vero

(o) Man müßte außerdem sehr gezwungnerweise annehmen, die Sachen seyen zuerst der Frau tradirt, und dann von ihr an den Mann zurückgegeben worden. Viel einfacher war es, die ursprüngliche dotis stipulatio, auf dem Weg einer Novation, durch eine neue zu ersetzen, und diese sogleich auf eine höhere Summe zu richten. Vgl. Pucht a S. 377.

(p) Ganz auf ähnliche Weise, nur weniger scharf bestimmt, sagt anderwärts derselbe Papinian: quod vir uxori *dedit* (s. oben Note c).

eripere ... durum et avarum esse (q), die allerdings, buchstäblich genommen, auf das Entreißen eines schon in Besitz genommenen Gutes zu deuten schienen. Weit entscheidender jedoch für die entgegengesetzte Meynung war die Zurückführung des ganzen Falles auf die Fiction einer mortis causa donatio. Diese aber bezweifelte selbst Papinian nicht, da er die Gränzen der Capacität in Anwendung brachte (Note c. f). Da nun die mortis causa donatio durch Stipulation so gut, als durch Tradition bewirkt werden konnte, welches selbst Papinian anerkannte (r), so war es consequent, auch die gewöhnliche Schenkung unter Ehegatten durch den Tod des Gebers bestätigen zu lassen, ohne Unterschied ob sie durch Stipulation oder durch Tradition bewirkt werde.

Insofern kann man also sagen, Papinian habe mehr auf den Buchstaben, Ulpian auf den Geist des Senatsschlusses gesehen, wie es auch in der That manche Vertheidiger der richtigen Meynung aufgefaßt haben. Man hat sogar versucht, diesen Gegensatz in die Zustimmung Ulpians (*recte* putabat) hinein zu tragen, gleich als wollte dieser sagen: dem Buchstaben nach ist Papinians Meynung richtig, ich behalte mir aber vor, anderwärts zu bemerken, daß es dem Geist nach anders verstanden wer-

(q) *L.* 32 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.), wo die Worte des Senatsschlusses selbst angeführt werden. Bey Papinian heißt es, zwar mit dessen eigenen Worten, aber in gleichem Sinn mit jenen Worten des Senatsschlusses: *auferre* non oportere (Note c).

(r) *L.* 52 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.), s. o. § 157 Note s[1].

den muß (s); dadurch wird jedoch Ulpians Worten Gewalt angethan. Wie steht es also mit diesem recte, das ohne Zweifel mehr Schwierigkeit in die Sache bringt, als alles Andere? A. Faber, nach seiner wenig ängstlichen Weise, will das Wort recte wegstreichen (t), dieser bequemen Aushülfe widerspricht aber die Leseart aller bekannten Handschriften; doch hat es einigen Schein, daß in den Handschriften der Glossatoren das Wort gefehlt habe (u). — Eine andere Meynung nimmt zwey Senatsschlüsse an: der ältere (von Severus) habe die beschränkte Anwendung geboten, und davon rede Papinian: der neuere (von Antoninus) habe das Recht weiter ausgedehnt, und davon rede, in den späteren Stellen, Ulpian. Diese Vereinigung findet sich schon in der Glosse, und sie ist neuerlich auf sehr scheinbare Weise ausgeführt worden (v). Es steht ihr aber zuerst der Umstand entgegen, daß schwerlich über eine so isolirte Rechtsfrage innerhalb weniger Jahre

(s) So nimmt es Noodt Comm. ad Pand. XXIV. 1.

(t) A. Faber conject. II. 8. Ihm stimmt bey Löhr S. 241, indem er noch bemerkt, die Amsterdamer Octavausgaben von 1663 und 1700 hätten das recte nicht. Allein die Druckfehler so höchst nachlässiger Abdrücke, wie diese, sind völlig ohne Bedeutung.

(u) Die Glosse zu dem ersten putabat lautet so: „Et male secundum quosdam, ut statim dices." Faber bemerkt, diese Glosse sey ganz passend zu einem Text ohne recte, bey welchem das *et* male die Natur einer näheren Bestimmung der in der Stelle enthaltenen historischen Erwähnung habe. Bey einem Text mit recte putabat hätte die Glosse den Character eines Widerspruchs gegen Ulpians Stelle, müßte also heißen: *immo* male.

(v) Glossa in v. heredem mariti: „*Hodie* Papinianus per D. Severi et Antonini orationem *corrigitur* ut J. eod. L. Cum hic status." — Puchta S. 383.

zwey Senatsschlüsse erlassen seyn möchten (w). Ferner, daß sich in den nicht wenigen Stellen, die davon reden, doch wohl irgend eine Spur von zwey Beschlüssen erhalten haben müßte; dieses ist aber so wenig der Fall, daß vielmehr die Juristen und die Kaiser willkührlich und sorglos ganz abwechselnde Bezeichnungen gebrauchen, welches nur unter der Voraussetzung eines einzigen Beschlusses gefahrlos geschehen konnte (x). Ganz besonders aber spricht gegen jene Annahme die historische Einleitung, womit Ulpian die Hauptstelle über diesen Gegenstand eröffnet (Note b). Er setzt hier entgegen den älteren Zustand der Schenkungen (nach jus civile) und den Senatsbeschluß „ut aliquid laxaret ex juris rigore." Der Beschluß, von dem er hier redet, ist (nach Puchta's Meynung) der neuere, und er konnte unmöglich als das Eigenthümliche desselben die Milderung des juris rigor angeben, wenn eine solche Milderung (nur in einem etwas geringeren Grade) schon früher vorgenommen worden war. — Sehen wir aber genauer zu, so referirt Ulpian zwey verschiedene Behauptungen des Papinian: die Anwendung des Senatsschlusses auf die Traditionen, die Nichtanwendung auf Stipulationen. Nur die erste Behauptung billigt er (wenn das recte ächt ist), über die zweyte erklärt er sich wörtlich gar nicht, denn er sagt: *recte* putabat .. ad rerum donationem per-

(w) Der neuere Beschluß fiele sicher in das J. 206 (*L. 32 pr. cit.*). Der ältere wäre aber auch schon zur Zeit der Mitregierung erlassen (Fragm. Vat. § 294, s. o. Note c), also nicht vor dem J. 198.

(x) Vergl. die Stellen in den Noten a. b. c.

tinere: *denique* ... non putabat etc. Hätten wir nun diese Stelle allein, so würden wir unbedenklich die Billigung, als stillschweigend wiederholt, in die zweyte Behauptung hinein tragen. Bey dem entschiedenen Widerspruch der übrigen Stellen Ulpians steht es anders. Allerdings dürfte man, von diesem Gesichtspunkt die Sache ansehend, erwarten, daß Ulpian der zweyten Behauptung Papinians einen ausdrücklichen Widerspruch hinzugefügt haben möchte; es ist aber auch nicht unwahrscheinlich, daß er dieses wirklich gethan hat (y), und daß nur die Compilatoren den Widerspruch weggestrichen haben. Dazu konnte sie veranlassen die alte gesetzliche Vorschrift, welche den berichtigenden Noten des Ulpian und des Paulus zu Papinians Werken die Anwendbarkeit entzog (z). Allerdings paßte diese Vorschrift nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall, auch waren sie, die Gesetzverfasser, daran nicht gebunden; dennoch konnten sie sehr wohl glauben im Geist jener Vorschrift zu handeln, indem sie Worte wegstrichen, worin Ulpian eine Meynung Papinians geradezu tadelte. — Man könnte einwenden, ein solches Verfahren wäre unvorsichtig gewesen, weil es das Verhältniß dieser Stelle

(y) Etwa in den Ausdrücken: denique *non recte* putabat, oder mit dem Zusatz: ego contra puto, oder: quo jure non utimur. Vgl. *L.* 54 *de cond.* (35. 1.), *L.* 76 § 1 *de furtis* (47. 2.), worin ähnliche Formen des Widerspruchs gegen eine referirte Meynung vorkommen.

(z) *L.* 3 (vormals *L. un.*) *C. Th. de resp. prud.* (1. 4.). „...Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari."

zu den übrigen erst recht zweifelhaft machen mußte. Allein eine Unvorsichtigkeit in der gemeinschaftlichen Aufnahme der angeführten Stellen muß Jeder annehmen, welcher Meynung er übrigens zugethan sey, folglich erhält durch diese Annahme keine mögliche Meynung Vortheil oder Nachtheil. Ohne Zweifel waren die Compilatoren, hier wie in anderen Fällen, nicht gewahr geworden, daß die L. 23, in ihrer gegenwärtigen Gestalt, mit L. 32 und 33 cit. nicht zu vereinigen ist.

Wir aber sind durchaus genöthigt jene Stellen zu vereinigen, ein praktisches Resultat ist uns unentbehrlich, auf welchem Punkt haben wir dieses zu finden? Ohne Zweifel in den Stellen Ulpians (L. 32. 33 cit.), welche mit der größten Entschiedenheit und in mannichfaltigen Anwendungen den ausgedehntesten Gebrauch des Senatsschlusses behaupten. Daneben müssen wir es nun als eine blos historische Notiz ansehen, daß Papinian eine beschränktere Anwendung machen wollte: sey es nun, daß wir zu diesem Zweck das Wort recte wegstreichen, oder daß wir es blos auf die erste (unzweifelhaft richtige) Behauptung Papinians beziehen, nicht auf die zweyte, wodurch eben diese eine blos historische Bedeutung erhält (aa).

Zu diesem Allen kommt nun noch ein merkwürdiger Umstand hinzu, den beide Parteyen für sich zu benutzen versucht haben. Schon unter Justinians Regierung war

(aa) So ist die Sache, in Hinsicht auf das Resultat, auch schon richtig aufgefaßt von Löhr S. 241 und von Puchta S. 385.

es zweifelhaft geworden, ob auch die auf obligatorischen Verträgen beruhenden Schenkungen durch den Tod bestätigt werden möchten, und er selbst bejahte diese Frage in der Novelle 162. Sicherlich war der Zweifel entstanden eben aus der L. 23 cit., denn die Juristen jener Zeit hatten ja dieselben Digesten, wie wir, als Gesetzbuch vor sich. — Man könnte glauben, dadurch sey aller Streit geschlichtet, allein unglücklicherweise ist jene Novelle unglossirt. Nun sagen die Gegner, da Justinian nöthig gefunden habe, dieses durch ein neues Gesetz einzuführen, so sey das gerade ein Zeichen, daß bis dahin, also nach unsren Digesten, das entgegengesetzte Recht gegolten haben müsse. Dieses würde richtig seyn, wenn jene Novelle als neues Gesetz aufträte. Allein Justinian will darin blos belehren, er argumentirt blos aus den schon bestehenden Gesetzen, und so ist die Novelle ganz entscheidend für die hier vertheidigte Meynung, zwar nicht als Gesetz (da sie nicht glossirt ist), wohl aber als die vollwichtigste Autorität.

Sehr merkwürdig ist das Benehmen der praktischen Schriftsteller bey dieser Streitfrage. Diese sind ganz entschieden für die unbeschränkteste Ausdehnung des Senatsschlusses, und zwar berufen sie sich dabey auf die Novelle 162 (bb). Gewiß nicht, als ob sie überhaupt den unglossirten Novellen Gesetzeskraft beylegen wollten, son-

(bb) Lauterbach h. t. § 14. Huber h. t. § 5. Struv. Exerc. 30 § 30. Cocceji h. t. quaest. 2.

dern weil, bey einer zweifelhaften Vereinigung widersprechender Stellen der Digesten, jene Autorität große Beachtung verdient; also ganz nach dem hier entwickelten Zusammenhang, wenngleich sie diesen nicht vollständig dargelegt haben.

§. 165.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 2. Erschwerende Formen.

Die zweyte positive Einschränkung der Schenkung besteht in erschwerenden Formen. Um das neueste hierin geltende Recht in seiner ganzen Eigenthümlichkeit darstellen zu können, ist es nöthig, auf das ältere Recht zurück zu gehen, namentlich auf das der Lex Cincia (a).

In der älteren Zeit können wir folgende zwey Einschränkungen der Schenkung annehmen:

1) Ein Verbot großer Schenkungen, deren Gränze aber wir nicht kennen.

2) Besondere Formen vollgültiger Schenkung. Diese.

(a) Eine selbstständige Untersuchung dieses schwierigen Gegenstandes liegt außer dem Zweck des gegenwärtigen Werks. Folgende Schriftsteller sind zu bemerken: Savigny, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B 4 S. 1 (geschrieben vor der Entdeckung der Vaticanischen Fragmente). Rudorff de L. Cincia Berol. 1825. 8. Franke civilistische Abhandlungen S. 1—64. Klinkhamer de donationibus Amstel. 1826. 8. Hasse Rhein. Museum B. 1 S. 185—248. Unterholzner Rhein. Museum B. 2 S. 436. B. 3 S. 153. Wenck praef. in Hauboldi opuscula Vol. 1 p. 37—61. — Die älteren Schriftsteller (wie Brummer) sind durch die in neuerer Zeit entdeckten Quellen unbrauchbar geworden.

schließen sich an die natürliche Forderung der Perfection jeder wirksamen Schenkung an (§ 155), jedoch so daß hier diese Perfection durch positive Zusätze erschwert worden ist. Namentlich sollten mancipi res nicht anders vollgültig verschenkt werden können, als durch Mancipation oder in jure cessio (b), wozu jedoch noch hinzutreten sollte ein solcher Besitz, der sicheren Anspruch auf den Interdictenschutz gewähren konnte.

Daneben aber gab es eine Anzahl von personae exceptae, wohin besonders die nahen Verwandten des Gebers gehörten, desgleichen der Ehegatte desselben (c). Diese begünstigten Personen waren von der natürlichen Nothwendigkeit der Perfection nicht befreyt, wohl aber von den erwähnten positiven Erschwerungen derselben (d).

(b) In den meisten Stellen wird nur die Mancipation erwähnt, weil diese überhaupt die üblichere Form war. Die in jure cessio aber war hier, wie in anderen Fällen, eben so wirksam als jene. Cod. Hermog. VII. 1 (vormals VI. 1).

(c) Fragm. Vat. § 302. „Excipiuntur ... vir et uxor, sponsus, sponsa." Es ist auffallend, daß hier als begünstigte Personen die Ehegatten genannt werden, denen gerade die Schenkung überhaupt untersagt ist. Es wäre irrig, deshalb annehmen zu wollen, das Verbot der Schenkung in der Ehe sey neuer als die Lex Cincia. Auch die speciellen Ausnahmen des Verbots (§ 163) erklären die Sache nicht, da sie zu unbedeutend, zum Theil auch zu neu sind, als daß sie diese Art sehr alter Berücksichtigung hätten auf sich ziehen können. Wahrscheinlich waren es die in der Ehe erlaubten Schenkungen mortis causa und divortii causa (§ 162), die auf diese Weise erleichtert und begünstigt werden sollten, und gewiß mit vollem Recht. Zur Rechtfertigung der Annahme, daß in der L. Cincia an eine Ausnahme zum Vortheil der m. c. donatio gedacht seyn könne, vergl. unten Note f, und § 174. a.

(d) Fragm. Vat. § 310. 311. 293. 266. Für manche Fälle war also gar kein Unterschied sichtbar, z. B. wer ein Provinzialgrundstück

In diesem Allen sind es besonders zwey Fragen, worauf bis jetzt eine sichere Antwort nicht hat gefunden werden können. Erstlich, wie viel von jenen Bestimmungen aus der L. Cincia selbst, wie viel aus anderen Rechtsquellen, und aus welchen, abzuleiten ist. Zweytens, wie sich die Unterscheidung großer und kleiner Schenkungen zu jenen erschwerenden Formen verhielt. Es scheint, daß, in Beziehung auf diese letzte Frage, eines von folgenden zwey denkbaren Verhältnissen bestanden haben müsse. Entweder waren die großen Schenkungen schlechthin verboten, so daß nur die kleinen, um vollgültig zu seyn, jenen erschwerenden Formen unterworfen seyn sollten (d[1]). Oder es waren die kleinen Schenkungen, auch in Ansehung der Form, ganz frey gegeben, das heißt nur an die natürlichen Regeln der Perfection gebunden, und nur bey den großen sollte die Gültigkeit von der Beobachtung jener positiv vorgeschriebenen Formen abhängig seyn.

Dagegen scheinen, inmitten dieser Ungewißheit, folgende

verschenken wollte, hatte dazu die Tradition anzuwenden, ohne Unterschied ob der Empfänger excepta oder non excepta persona war (l. c. § 293).

(d[1]) Diese Meynung ließe sich noch dahin ergänzen, daß vielleicht große Schenkungen, wenn sie auch wirklich erfüllt waren, durch eine Condiction zurückgefordert werden konnten, unabhängig von den sonst bey Condictionen geltenden Bedingungen, das heißt unabhängig vom Daseyn eines Irrthums, wie es ja noch jetzt bey der Schenkung unter Ehegatten unzweifelhaft gilt. Darauf scheinen hinzudeuten *L.* 21 § 1 *de don.* (39. 5.), *L.* 5 § 5 *de doli exc.* (44. 4.), vielleicht auch Fragm. Vat. § 266, welche letzte Stelle jedoch auch von der gewöhnlichen indebiti condictio verstanden werden kann, indem der Empfänger irrig für einen exceptus gehalten worden war.

wichtige Punkte als unzweifelhaft angenommen werden zu dürfen. Erstlich war die Folge der Verletzung jener Vorschriften keineswegs die Nichtigkeit der Handlung (so wie bey der Schenkung unter Ehegatten), sondern vorzüglich der Schutz des Gebers, wenn dieser die Schenkung bereuen mochte, gegen die Klage des Empfängers, durch jedes dazu dienliche Rechtsmittel. War z. B. ein Haus durch Mancipation verschenkt worden, ohne Übertragung des Interdictenbesitzes, so hatte allerdings der Empfänger das Eigenthum und deshalb eine Vindication, aber diese wurde durch eine exceptio L. Cinciae entkräftet. Dieser Zustand der Sache hatte die wichtige Folge, daß, wenn umgekehrt der Besitz des Hauses übergeben, und nur die Mancipation versäumt war, dieser Mangel binnen kurzer Zeit durch Usucapion gehoben werden konnte, so daß nun nach zwey Jahren die Schenkung von selbst unanfechtbar wurde (e). — Zweytens sollte dieses Recht, die Schenkung, wegen Verletzung jener positiven Regeln, willkührlich zu entkräften, ein persönliches Recht des Gebers seyn; hatte er bey seinem Leben die Absicht der Schenkung nicht widerrufen, so war der Erbe dazu nicht befugt (f). Fas-

(e) Fragm. Vat. § 293 „quae mancipi sunt, *usucapta vel mancipata* ... avocari non possunt." Hierin lag vielleicht im alten Recht die wichtigste Anwendung der usucapio pro donato. Bey der Schenkung unter Ehegatten war diese Art der Bestätigung unzulässig (§ 163. b).

(f) Fragm. Vat. § 259 „morte Cincia removetur." *ib.* § 266 „nisi forte durante voluntate decesserit donator." (Nach § 266 möchte man folgenden historischen Zusammenhang annehmen. Die Sabinianer gaben dem Erben die Exception nicht, wohl aber die Proculianer; aber auch diese müs-

sen wir diese sicheren Bestimmungen zusammen, so erscheint uns jenes alte Recht, welches die Römischen Juristen so sehr beschäftigte, in seinen Zwecken und Wirkungen mäßiger, als man auf den ersten Blick glauben möchte. Es lag darin blos ein Schutz für den gutmüthigen Leichtsinn, indem der Geber in vielen Fällen die Schenkung bereuen und entkräften konnte; jedoch konnte diese Reue ausgeschlossen werden, bald durch die Beobachtung strenger Formen, bald durch den Ablauf sehr kurzer Zeit, bald durch des Gebers Tod bey unverändertem Willen (g).

Diese Regeln und Formen des älteren Rechts sind späterhin durch andere verdrängt worden, es scheint aber

sen den Erben, wenn der Geber mit unverändertem Willen gestorben ist, durch doli replicatio ausschließen lassen, und zwar vermöge eines Rescripts des Kaiser Alexander). *ib.* § 294 „exceptionem, voluntatis perseverantia, doli replicatio perimit." *ib.* § 312. — Dieser Rechtssatz diente augenscheinlich zum Vorbild bey dem Senatsschluß, welcher die Schenkung unter Ehegatten, bey dem Tod des Gebers aufrecht hielt (§ 164).

(g) Augenscheinlich war hierin die Stipulation zurückgesetzt gegen die Mancipation und Tradition, ohne Zweifel deswegen, weil für die leichtsinnige Schwäche jene gefährlicher ist als diese. Der Promittent hatte die exceptio L. Cinciae, und hatte er gezahlt, so konnte er das Gezahlte mit einer Condiction (vielleicht nur im Fall des Irrthums) zurückfordern (Note d[1]). Freylich fiel auch dieses Alles weg, wenn das Geschenk einer persona excepta gegeben war. Fragm. Vat. § 266. — Noch augenscheinlicher ist diese Zurücksetzung bey dem Erlaß einer Schuld, der doch so sehr einer geschenkten Geldsumme ähnlich sieht; dennoch wurde er entkräftet, ohne Zweifel durch eine replicatio L. Cinciae gegen die pacti exceptio des Schuldners. Davon hat sich eine merkwürdige Spur erhalten in *L.* 1 § 1 *quib. mod. pign.* (20. 6.), vgl. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. 4 S. 44. Bey der Acceptilation war es vielleicht anders, weil hier Alles abgemacht war, also keine Veranlassung übrig blieb zu einer Exception oder Replication.

nicht, daß sie jemals durch ein besonderes Gesetz geradezu aufgehoben wurden. Es erklärt sich dieser stillschweigende Untergang aus dem Umstand, daß die eigenthümlichste unter jenen Formen, die Mancipation, in allen Anwendungen verschwand, also auch in dieser einzelnen nicht fortdauern konnte (g[1]). Als neue Form trat nun die gerichtliche Insinuation ein (§ 130), zuerst blos aus freyem Entschluß der Parteyen, seit Constantins Chlorus für alle Schenkungen gesetzlich vorgeschrieben, endlich auf große Schenkungen eingeschränkt. Lange Zeit aber erscheinen auch noch andere Formen daneben, zum Theil aus jenem älteren Recht herüber genommen. Um nun deren Verhältniß zum neuesten Recht gründlich beurtheilen zu können, ist es nöthig, die wichtigsten hier einschlagenden Kaisergesetze der Reihe nach darzustellen.

Das älteste derselben, welches Constantin im J. 316 erließ, kennen wir in drey verschiedenen Gestalten (h). Es war ein Edict von der schwülstigsten Fassung, gerichtet an den Stadtpräfecten Maximus. Im Eingang klagt der

(g[1]) Nachdem längst die Mancipation verschwunden war, behielt man doch in den Schenkungsurkunden gedankenlos Worte bey, die nur aus ihr herstammten (sestertii numi unius, assium quatuor). Das untersagte Justinian als unnütz. *L.* 37 *C. de don.* (8. 54.).

(h) Die ursprüngliche Gestalt, aber am Schluß lückenhaft, findet sich in Fragm. Vat. § 249. Im Theodosischen Codex steht es als *L.* 1 *C. Th. de don.* (8. 12.). Im Justinianischen als *L.* 25 *C. de don.* (8. 54.). — Das J. 316 ist durch die Handschrift des Theodosischen Codex sicher, das J. 323 muß verworfen werden. Vergl. Wenck zu L. 2 C. Th. de administr. 3. 19. (oder 30.), Hänel ibid.

Kaiser, daß bey Schenkungen oft sorglos, oft unredlich verfahren werde, und daß daraus viele Prozesse und widersprechende Urtheile hervorgiengen. Diesem Übel vorzubeugen, erläßt derselbe nicht sowohl ein Gesetz, als eine belehrende Instruction, wie man sichere Schenkungen vorzunehmen habe. Er fordert dreyerley: Eine schriftliche Urkunde vor Zeugen, worin alle Bedingungen der Schenkung, dann der Name des Gebers, und der Gegenstand der Schenkung genau anzugeben sey; Ferner die Tradition, gleichfalls vor Zeugen (i); Endlich die gerichtliche Insinuation (k). Man konnte glauben, dieses Alles wäre als unerläßliche Form vorgeschrieben, in deren Ermangelung das Geschäft nichtig seyn sollte. Daß es so nicht gemeynt war, zeigt deutlich folgende Stelle: Quod si orba publico testimonio liberalitas caecam gratiam obscurosque coetus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum quae donata dicuntur *temere non erit fides accipienda.* Also, wenn jene Formen versäumt sind, soll nicht etwa das Geschäft schon deshalb wirkungslos seyn, sondern der Richter soll nun nicht leicht die angebliche Schenkung als wahr annehmen, folglich die Thatsachen strenger prüfen, als er außerdem thun würde. Dieses paßt in eine Instruction, mehr als in ein Gesetz.

(i) „advocata vicinitate, omnibusque arbitris quorum post fide uti liceat." Die Tradition war als nothwendig beybehalten aus dem älteren Recht.

(k) Die Insinuation war schon von Constantins Vater eingeführt, wie sich sogleich zeigen wird; sie wird also hier nur in Erinnerung gebracht.

Etwa Hundert Jahre nach jenem Edict wurde die schriftliche Abfassung der Schenkungen für gleichgültig erklärt (l). Darin lag nicht etwa eine Abänderung desselben, sondern nur die Erklärung, daß die in dem Edict erwähnte schriftliche Urkunde nicht als eine nothwendige Form, sondern nur als etwas Räthliches, angesehen werden solle. Ganz in diesem Sinn (welcher ja auch in Wahrheit der Sinn des Edicts selbst war) wird jetzt hinzugefügt: wenn nur andere hinreichende Beweismittel vorhanden seyen, so sollten auch diese als genügend gelten.

Dieselben Kaiser, von welchen diese letzte Verordnung herrührt, publicirten Zehen Jahre später den Theodosischen Codex. In denselben nahmen sie denn auch einen gedrängten Auszug aus dem Edict Constantins auf (Note h), welches hier weit mehr, als in seiner ursprünglichen Gestalt, einem Gesetze gleich sieht Dafür, daß die Erwähnung der schriftlichen Urkunde in diesem Edict nicht misverstanden würde, hatten die Kaiser selbst durch die vorher erwähnte Verordnung bereits gesorgt. Die beiden anderen Stücke (Tradition und Insinuation) sollten allerdings als nothwendige Formen (und nicht erst seit jenem Edict) beobachtet werden. Allein auch dabey ist die Hauptfrage nicht berührt, welche Folgen eintreten sollten, wenn jene Formen versäumt waren. Man könnte sagen, nun verstand sich die

(l) *L.* 29 *C. de don.* (8. 54.) vom J. 428: „... et si sine scripto donatum quid fuerit, *adhibitis aliis idoneis documentis*, hoc quod geritur comprobatur."

Nichtigkeit von selbst. Nirgend konnte sich diese weniger von selbst verstehen, als gerade bey der Schenkung. Seit vielen Jahrhunderten war man hier an sehr positive Formen gewöhnt, aber deren Vernachlässigung hatte stets ganz andere Folgen gehabt, als die Nichtigkeit. Ohne Zweifel setzten die Verfasser des Theodosischen Codex diese andere Folgen als bekannt voraus, und rechneten darauf, daß Jeder dieselben an die hier aufgenommene Verordnung anknüpfen würde. Eine solche Voraussetzung war nicht zu tadeln, indem damals die Schriften der alten Juristen, woraus man sich hierüber belehren konnte, in den Händen aller Richter waren.

Vierzig Jahre nach der Erscheinung des Theodosischen Codex wurde von Manchen, wie es scheint, zu ängstlich auf der Zuziehung von Zeugen bey Schenkungen bestanden. Daher verordnete K. Zeno (m), durch die gerichtliche Insinuation werde die Zuziehung von Zeugen bey der Tradition ganz entbehrlich (n). Auch wo die Insinuation erlassen sey (o), brauche die Urkunde nicht von Zeugen unterschrieben zu werden; ohnehin aber bleibe es bey der schon gegebenen Vorschrift, daß auch ganz ohne Urkunde gültig geschenkt werden könne.

(m) *L.* 31 *C. de don.* (8. 54.) vom J. 478.

(n) „non esse necessarium ... *vicinos vel alios testes* adhibere." Wörtliche Anspielung auf die von Konstantin bey der Tradition erforderten Zeugen (Note i).

(o) Das heißt, nach dem damals geltenden Recht, bey donatio ante nuptias, die nicht über 200 Solidos betrug. *L.* 8 *C. Th. de spons.* (3. 5.).

Justinian hat die drey hier erwähnten Gesetze in seinen Codex aufgenommen; namentlich also auch das Edict von Constantin, dieses jedoch mit folgenden merkwürdigen Änderungen. Bey der Vorschrift der Insinuation steht der neue Zusatz: ubi hoc leges expostulant, welcher darauf hindeutet, daß Justinian die Insinuation nur noch bey Schenkungen von mehr als 500 Solidi fordert. Die Vorschrift der Tradition ist ganz weggeblieben, ohne Zweifel weil anderwärts Justinian verordnet hatte, das bloße, selbst formlose, Versprechen der Tradition solle eingeklagt werden können (p). Endlich die Vorschrift der schriftlichen Urkunde ist zwar geblieben, aber mit folgender merkwürdigen Änderung. Constantin selbst sagt: tabulae .. *scientibus plurimis* perscribantur. Darin liegt eine Hindeutung auf die Zuziehung von Zeugen, wenn auch keine unbedingte Vorschrift derselben. Im Theodosischen Codex sind die Worte scientibus plurimis beybehalten, im Justinianischen aber weggelassen worden (q). Das Eigenthümliche also, was man aus dieser Verordnung geneigt seyn

(p) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.).

(q) Etwas vorher stehen zwar auch die Worte: neque id occulte aut privatim, und diese sind beybehalten. Darin aber liegt etwas ganz Anderes als die Vorschrift von Zeugen. Man kann offen, ohne Heimlichkeit verfahren, z. B. indem Freunde und Verwandte die Schenkung wissen, ohne daß deshalb bey der Abfassung der Urkunde Zeugen zugezogen werden. — Ja selbst die Worte scientibus plurimis enthalten zwar, mehr als jene, eine Hindeutung auf Zeugen, aber doch nicht geradezu eine Vorschrift derselben; denn Viele können um die Schenkung wissen, ohne gerade bey dem Abschluß des Geschäfts als Zeugen zugezogen zu werden.

könnte, noch in das neueste Recht aufzunehmen, wäre die Nothwendigkeit einer schriftlichen Urkunde, aber ohne nöthige Zuziehung von Zeugen. Allein gerade diese Forderung war bereits durch die Constitution vom J. 428 für überflüssig erklärt worden (Note l), und da diese letzte in unsren Codex aufgenommen wurde, so hat damit Justinian seine Meynung über diesen Punkt ganz bestimmt ausgesprochen.

Dadurch ist also das Edict von Constantin wiederum Das geworden, was es ursprünglich war: eine belehrende Anweisung zur vorsichtigen Abfassung von Schenkungsurkunden, wenn die Parteyen überhaupt Urkunden nöthig finden. Und fassen wir nun den ganzen bisher zusammengestellten Inhalt des Justinianischen Codex über die Form der Schenkungen zusammen, so müssen wir sagen, es ist außer der Insinuation gar keine Form vorgeschrieben, weder Schrift, noch Zeugen, noch Tradition.

So würde es stehen, wenn wir über diese Frage gar keine eigene Erklärungen von Justinian vor uns hätten. Allein auch an diesen fehlt es nicht. Nachdem er mehrere genaue Bestimmungen über die Insinuation gegeben hatte, bestimmte er über die neben derselben geltende Form der Schenkung Folgendes (r). Der Vorbehalt des Niesbrauchs gelte als Tradition, übertrage also sogleich Eigenthum. Die Stipulation gebe ein Klagerecht auf Erfüllung durch Tradition. Ja selbst ein Versprechen durch formlosen Ver-

(r) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.).

trag solle ein solches Klagrecht schon begründen. Hier war nun gewiß der Ort, die Zeugen zu erwähnen, wenn auch diese zu der Tradition oder dem Vertrag, nach Justinians Willen, hinzugezogen werden mußten; davon aber findet sich hier kein Wort. Den Inhalt dieses neuen Gesetzes stellen die Institutionen in folgenden Worten dar:

§ 2 *J. de donat.* (2. 7.). .. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et *ad exemplum venditionis* nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori.

In dieser Stelle ist zweyerley entscheidend. Erstlich das Stillschweigen über die Zeugen, die doch gewiß hier zu erwähnen waren, wenn sie hätten zugezogen werden müssen. Zweytens die ausdrücklich angegebene Analogie des Kaufcontracts. Es soll, heißt es, die Tradition eingeklagt werden können eben so wie bey einem Kaufcontract. Das will sagen nudo consensu, so daß es keiner Stipulation zur Klage bedarf; allein eben darin liegt auch die Entbehrlichkeit der Zeugen, die bey den Consensualcontracten eben so wenig erfordert werden, als irgend eine andere positive Form der Verträge.

Ich habe diese Frage deswegen ausführlicher, als es nöthig scheint, behandelt, weil in neuerer Zeit ganz andere Behauptungen aufgestellt worden sind. Neben allen

hier angegebenen Veränderungen des Rechts soll sich doch Eine Form stets als nothwendig erhalten haben, die Zuziehung von Drey Zeugen bey jeder Schenkung, sie mag durch Tradition oder durch obligatorischen Vertrag bewirkt werden, nur mit Ausnahme der insinuirten Schenkungen, worin gar keine weitere Form nöthig sey. Diese Regel wird auch für das Justinianische Recht als wahr behauptet (s).

Ein Grund dieser Behauptung wird darin gesetzt, daß es sehr inconsequent gewesen wäre, für die schriftlichen Schenkungen umständliche Formen, namentlich Zeugen, zu fordern, für die mündlichen gar keine Formen. Allein was kann die bloße Consequenz beweisen in einer Lehre, die so voll von willkührlichen und wechselnden Vorschriften war? Auch bey Justinian ist es nicht consequent zu nennen, daß er die Schenkung durch formlosen Vertrag klagbar werden läßt, während die Darlehenszinsen nur in Folge einer Stipulation eingeklagt werden können. — Zweytens kommen in der Novelle 50. des K. Leo, und in den Scholien der Basiliken, drey Zeugen als nothwendig bey der Schenkung vor; diese sollen sich aus der älteren Zeit erhalten haben, also auch für diese beweisen (t). Aus dem angegebenen Grund ist ein solcher Rückschluß hier noch weniger, als in den meisten anderen Lehren, zulässig.

(s) Marezoll in: Grolman und Löhr Magazin B. 4 S. 175 — 203. Schröter in: Linde Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß B. 2 S. 132.

(t) Marezoll S. 179. 184.

Besonders aber wird doch Niemand annehmen wollen, Justinian habe sich darauf verlassen, die von ihm gemeynten aber nicht ausgesprochenen Erfordernisse der Schenkung würden seinen Unterthanen Drey bis Vier Jahrhunderte nach ihm offenbart werden. — Alles also kommt zuletzt doch darauf an, ob wir aus der genauer angesehenen Justinianischen Gesetzgebung Etwas über die Nothwendigkeit der Zeugen lernen können. Diese soll nun verborgen seyn in den Worten: adhibitis aliis idoneis documentis (Note l) der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III., welche so verstanden werden sollen: wenn nur (bey der mündlichen Schenkung) die übrigen bekannten documenta oder Förmlichkeiten angewendet sind, und diese sollen nun eben in den (drey) Zeugen bestehen (u). Allein die natürliche Bedeutung von documentum ist doch Beweismittel, worin dieses nun bestehen möge; vorzugsweise oder gar ausschließend von Zeugen wird das Wort am wenigsten gebraucht werden. Doch wir wollen uns auch dieses gefallen lassen, besonders da in jenen Worten nur auf etwas anderwärts Gesagtes und Allbekanntes zurück verwiesen werden soll. Allein dieses Andere muß doch irgendwo zu finden seyn, und wo sollen wir es suchen? Nirgend als in dem Edict von Constantin. Dieses enthält nun aber, in der Gestalt wie wir es in Justinians Codex lesen, nicht die geringste Erwähnung von Zeugen, und so erfahren wir also aus Justinians Gesetzen gar Nichts, wodurch

(u) Marezoll S. 187—189.

Diejenigen, die mit aller Vorsicht Schenkungen vornehmen wollen, veranlaßt werden könnten, Zeugen, besonders aber gerade drey Zeugen, zuzuziehen.

Aus dieser Untersuchung geht demnach hervor, daß, seit dem Verschwinden der Formen und Regeln des älteren Rechts, Nichts dieser Art besteht, als allein die Insinuation. Unter den Praktikern ist dieses von jeher unzweifelhaft gewesen (v); selbst wenn also auch die historische Untersuchung auf ein anderes Ziel geführt hätte, so würde dieses dennoch keinen Unterschied für das heutige Recht gemacht haben. Denn es handelt sich hier nicht um ein Rechtsinstitut, welches durch neue wissenschaftliche Forschung gereinigt, ergänzt, und so von der Entstellung durch bisher herrschende Irrthümer befreyt werden könnte, sondern von einer ganz einzelnen, völlig willkührlichen Förmlichkeit, welche durch den Nichtgebrauch so vieler Jahrhunderte untergegangen seyn würde, selbst wenn sie sich aus den Quellen des Justinianischen Rechts rechtfertigen ließe (w).

(v) Mühlenbruch § 442 not. 11.

(w) Ein ähnlicher Fall wird Dieses erläutern. Es läßt sich wohl mit ziemlicher Sicherheit behaupten, daß ein großer Theil der seit dem Mittelalter bey Testamenten angewendeten Formen auf historischen Irrthümern beruht. (Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 1 § 27, B. 2 § 67). Auf die praktische Beurtheilung heutiger Testamente aber kann diese Überzeugung, auch da wo Römisches Recht gilt, keinen Einfluß haben.

§. 166.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 2. Erschwerende Formen. (Fortsetzung).

Im neuesten Recht also finden wir bey Schenkungen keine andere erschwerende Form mehr, als die Insinuation, und auch deren genauere Darstellung muß wieder durch eine historische Einleitung vorbereitet werden (a).

Die älteste Erwähnung derselben geschieht in dem Edict des K. Constantin vom J. 316 (§ 165. h), wo sie jedoch schon als bekannt vorausgesetzt wird.

Wichtiger ist dafür die Verordnung desselben Kaisers vom J. 319 (b). Hier wird die Einführung der Insinuation dem K. Constantius Chlorus zugeschrieben, und zwar so daß dieser die personae exceptae des älteren Rechts (§ 165) auch von der Insinuation dispensirt habe. Constantin hebt diese Befreyung auf, und macht dadurch die Insinuation allgemein nothwendig. — In mehreren nachfolgenden Verordnungen wird diese Form nur bestätigt, ohne neue Bestimmungen (c).

Die erste Einschränkung der Nothwendigkeit jener Form wurde im J. 428 eingeführt. Die donatio ante nuptias

(a) Ausführlich und gründlich handelt von der Insinuation Marezoll in: Linde Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß B. 1 S. 1 —46.

(b) *L.* 1 *C. Th. de spons.* (3. 5.). Das Zeitalter dieser Verordnung ist von Wenck gründlich untersucht und festgestellt worden, im Widerspruch mit J. Gothofreds Vermuthungen.

(c) *L.* 3. 5. 6. 8 *C. Th. de don.* (8. 12.).

sollte frey davon seyn, wenn sie weniger als 200 Solidi betrüge (d).

Justinian befreyte davon im J. 529 alle Schenkungen bis zur Summe von 300 Solidi (e); dann, im J. 531, alle bis zur Summe von 500 (f). Diese Bestimmung ist die Grundlage des geltenden Rechts geblieben.

Der Inhalt der gesetzlichen Vorschrift besteht darin, daß die gerichtliche Insinuation angewendet werden soll bey jeder Schenkung, deren Geldwerth mehr als 500 Solidi beträgt. — Es kommt dabey zunächst auf den Werth des Solidus, dann auf den Werth der Schenkung an, um beide Größen mit einander vergleichen zu können.

Die neuere Praxis hat den heutigen Dukaten als Römischen Solidus angenommen. Auch damit wäre noch keine feste Größe gewonnen, theils weil es verschiedene Sorten von Dukaten giebt, theils weil der Curs einer jeden dieser Sorten den Schwankungen unterworfen ist, die in dem Verhältniß des Silbers zum Golde einzutreten pflegen. Allein glücklicherweise ist die Praxis noch einen Schritt weiter gegangen, und hat den Werth angenommen, in welchem der Ungrische Dukat ursprünglich ausgeprägt wurde, nämlich $2\frac{2}{3}$ Thaler oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß (g). Hiernach betragen 500 Solidi so viel als 2000 schwere Gulden, oder Hundert Mark fein

(d) *L.* 8 *C Th. de spons.* (3. 5.). L. Rom. Burgund. Tit. 22.
(e) *L.* 34 *pr. C. de don.* (8. 54.).
(f) *L.* 36 § 3 *C. de don.* (8. 54.), § 2 *J. de don.* (2. 7.).
(g) Carpzov II. 12 def. 12. Voet ad Pand. XXXIX. 5 num. 18. Pufendorf Obss. I. 17.

in Silber, oder 1400 Preußische Thaler. Allerdings ist der wahre Werth des Justinianischen Solidus etwa Fünf schwere Gulden (h); allein diese Abweichung von der historischen Genauigkeit, bey einer an sich willkührlichen und gleichgültigen Summe, kann nicht in Betracht kommen im Widerspruch mit der übereinstimmenden Praxis, und die gleichförmige Anerkennung eines festen Werthes muß als wahrer Gewinn betrachtet werden.

Um den Werth des Geschenks zu ermitteln, müssen die oben aufgestellten Regeln über Veräußerung, Bereicherung des Empfängers, und Absicht des Gebers zur Anwendung kommen.

Ist Eigenthum einer andern Sache als Geld Gegenstand der Schenkung, so ist eine gerichtliche Schätzung des Werthes nöthig, um die Anwendbarkeit der Insinuation zu bestimmen. Ist dieses Eigenthum durch fremde Rechte beschränkt, so muß deren Werth in Abzug kommen (i). Auch wenn das erweisliche Recht des Gebers nicht in wahrem Eigenthum, sondern nur in b. f. possessio besteht, ist eine solche Schätzung vorzunehmen, das heißt es ist zu ermitteln, um welchen Preis die Sache gegenwärtig, mit Rücksicht auf die vorhandene Unsicherheit des Besitzes, verkauft werden könnte (k). Führt aber dieses Ver-

(h) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. B. 6 S. 392.

(i) Es tritt also hier dasselbe Verfahren ein, wie bey Ausmittlung der Falcidischen Quart. *L.* 18 § 3 *de m. c. don.* (39. 6.), *L.* 1 § 16 *ad Sc. Treb.* (36. 1.).

(k) Also mit Verzichtleistung auf den Regreß wegen Eviction, weil es sonst noch kein reiner Werth ist.

fahren zu keinem sicheren Erfolg, so kann der Ablauf der Usucapionszeit abgewartet werden, da denn der Werth des wahren Eigenthums als Gegenstand der Schenkung anzusehen ist (l). Die künftigen Früchte der geschenkten Sache dürfen niemals mit in Anschlag gebracht werden (§ 147).

Ist ein Niesbrauch Gegenstand des Geschenks, so ist dessen Werth nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des Fructuars zu berechnen (m). Es kann jedoch auch der wirkliche Tod Desselben abgewartet, und bis dahin, im Fall eines Rechtsstreits, Caution gestellt werden, die dann mit der allgemeinen Caution des Niesbrauchs zusammen fällt.

Besteht die Schenkung in einer versprochenen jährlichen Rente, die für jedes Jahr 500 Solidi nicht übersteigt, so können dabey folgende verschiedene Fälle vorkommen.

Die Rente kann zuerst auf eine bestimmte Zahl von

(l) Vgl. oben § 156. Wird die Sache vor Ablauf der Usucapion evincirt, so zeigt es sich daß gar Nichts geschenkt war. Das angegebene Verfahren wird auch gerechtfertigt durch die Analogie der bedingten Obligationen (Note t).

(m) Also nach den Regeln der *L.* 68 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.). — Irrigerweise behauptet Meyerfeld I. S. 136, der Werth des Niesbrauchs betrage in der Regel so viel als das halbe Eigenthum, weil einige Beyspiele vorkommen, worin in der That so getheilt wurde. *L.* 6 § 1 *de usufr.* (7. 1.), *L.* 6 § 10 *comm. div.* (10. 3.), *L.* 16 § 1 *fam. herc.* (10. 2.). In diesen Fällen konnte darin gerade der wahre Werth bestehen, entweder nach richterlichem Ermessen, oder nach Übereinkunft der Parteyen. Offenbar hat aber das Alter des Fructuars den größten Einfluß auf die Werthschätzung des Niesbrauchs.

Jahren versprochen seyn. Hier sind ohne Zweifel alle Zahlungen zusammen zu rechnen um den Werth zu bestimmen. Daß sie erst allmälig entrichtet werden, macht keinen Unterschied, indem der allgemeine Grundsatz feststeht, daß ein solches Versprechen als eine einfache, ungetheilte Obligation zu betrachten ist, nicht als ein Aggregat mehrerer, von einander unabhängiger Schulden (§ 127. h). Dieser unzweifelhafte Fall wird in unsren Rechtsquellen nicht erwähnt. — Bestritten dagegen waren unter den alten Juristen diejenigen Fälle, in welchen die Rente nicht auf eine bestimmte, übersehbare Geldsumme zurückgeführt werden kann. Hierüber nun hat Justinian folgende Vorschriften gegeben mit Unterscheidung der einzelnen Fälle (n).

1) Soll die Rente mit dem Tode des Gebers, oder auch mit dem Tode des Empfängers, aufhören, so ist die Insinuation nicht nöthig, und es wird betrachtet, als ob es mehrere abgesonderte Schenkungen wären; der Grund liegt in der gänzlichen Ungewißheit der Todeszeit (o).

2) Soll die Rente auf die Erben des Gebers und auf die des Empfängers übergehen, so ist stets Insinuation nöthig (p). Unter den Erben sind nämlich stets auch de-

(n) *L.* 34 § 4 *C. de don.* (8. 54.)

(o) „Ut si hujusmodi ... legitimam quantitatem." Das heißt also, die Schenkung bleibt gültig, wenngleich nachher die wirklichen Zahlungen 500 Solidi übersteigen.

(p) „*Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio*, vel (non) adjiciatur tempus vitae (heredum), vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit: tunc quasi perpetuata donatione ... excedere

ren Erben, und ſo weiter fort, zu verſtehen, ſo daß Dieſes alſo nur ein anderer Ausdruck für eine ewige Rente iſt (q).

3) Ganz Daſſelbe gilt auch, wenn die Rente mit dem Tod der nächſten Erben des Gebers oder des Empfängers aufhören ſoll (r); auch in dieſem Fall ſoll ſie, we-

legitimum modum, et omnimodo acta deposcere, et aliter minime convalescere." Die curſiv gedruckten Worte enthalten dieſen zweyten Fall. — Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß die Ungültigkeit erſt behauptet werden kann, wenn die wirklich geleiſteten Zahlungen bereits 500 Solidi betragen.

(q) *L.* 65 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 194 *de R. J.* (50. 17.).

(r) Die gewöhnliche Leſeart für dieſen dritten Fall iſt: vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus qui donationem accepit (Note p), welches aber offenbar wieder in den erſten Fall zurück geht, und darum hier unzuläſſig iſt. Man hat folgende verſchiedene Verſuche gemacht, dieſe Leſeart zu retten, aber vergeblich. (Roberti lectiones I. 26, animadv. I. 25. Marezoll S. 21). 1) Es ſoll neben der Lebenszeit noch eine beſtimmte Zahl von Jahren bezeichnet ſeyn. Iſt dieſe ſo gemeynt, daß die Rente nur durch ſie begränzt iſt, auch wenn die Jahre über die Lebenszeit hinaus reichen ſollten, ſo iſt die Lebenszeit ganz unnützerweiſe erwähnt. Sollen dagegen die Jahre nur innerhalb der Lebenszeit gelten (z. B. 20 Jahre lang, wenn nicht der Geber früher ſterben ſollte), ſo iſt die Begränzung ſogar noch enger als im erſten Fall, die Rente kann alſo unmöglich einer ewigen gleich gelten. 2) Die Jahre ſollen noch nach dem Tode gelten, z. B. „bis Ein Jahr nach meinem Tode." Aber auch die Behandlung dieſes Falles gleich einer ewigen Rente wäre inconſequent, weil derſelbe, bey einer geringen Verlängerung, nur unbedeutend von dem erſten Fall abweicht. — Daher emendirt Cujacius vel *non* adjiciatur (oder *nec* adjiciatur), welches nun dieſen guten Sinn giebt: „oder wenn (ohne Erwähnung von Erben) nur die Begränzung der Rente auf die Lebenszeit der Parteyen nicht ausgedrückt iſt." (Comm. in L. 16 de V. O., opp. I. 1173, und observ. XV. 22). Die Baſiliken (und deren Scholien) ſind ſchwankend (T. 6 p. 187. 223. Cujac. l. c. Contius in L. cit., ed. 1571). — Ich leſe: vel adjiciatur tempus vitae *heredum* vel donatoris etc., welche Leſeart ich in einer meiner zwey Handſchriften des Codex finde. Der Sinn iſt der: „wenn auch nicht die heredes unbeſtimmt ge-

gen der unbestimmten Verlängerung, in dieser Beziehung eben so beurtheilt werden, wie wenn es eine ewige Rente wäre (s).

Wird eine bedingte Schuldforderung geschenkt, so ist der Eintritt oder Ausfall der Bedingung abzuwarten, um die Nothwendigkeit der Insinuation zu bestimmen; wenigstens ist diese Behandlung sicherer, als den Kaufwerth, mit Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung, zu ermitteln (t). Bey einer Forderung von zweifelhafter Sicherheit ist deren Kaufwerth durch Schätzung zu bestimmen (u).

Der Erlaß einer Schuld ist stets gleich einem Geldge-

nannt seyn sollten (also mit stillschweigender Ausdehnung auf alle fernere Erben), sondern so daß die Rente begränzt seyn soll durch den Tod der nächsten Erben (tempus vitae *heredum*)." Nun liegt darin wirklich ein neuer Fall, und zu diesem passen vortrefflich die den Grund ausdrückende folgende Worte (Note s). Denselben Sinn sucht eine alte Interlinearglosse in die Stelle hinein zu legen auf dem Wege bloßer Interpretation. Nämlich im Cod. Berol. in fol. N. 274 steht über den Worten vel donatoris die erklärende Glosse: s. (d. h. scilicet) *heredum;* und eben so nochmals über den Worten vel ejus.

(s) „tunc, *quasi* perpetuata donatione, et *continuatione ejus magnam et opulentiorem* eam efficiente .. omnimodo acta deposcere."

(t) Ein ähnliches Verfahren nämlich gilt bey Ermittlung der Falcidischen Quart. *L.* 45 § 1, *L.* 73 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2.).

(u) Ebenfalls nach der Analogie der Falcidia. *L.* 82 *L.* 22 § 4 *ad L. Falc.* (35. 2.). Der Kaufwerth ist nun so zu verstehen, um wie viele Procente eine solche Forderung verkauft werden könnte, wenn nicht die L. Anastasiana jeden Kauf dieser Art verhinderte. — Ist ein Geldpapier verschenkt, welches einen Börsencurs hat, so kommt es auf den Curswerth zur Zeit der Schenkung an.

schenk um den Nominalbetrag derselben, auch wenn der Schuldner insolvent seyn sollte (§ 158. b).

Eine scharfe Entscheidung ist für solche zweifelhafte Fälle nur nöthig, wenn der Geber die Schenkung bereut, und auf den Grund der versäumten Insinuation anfechten will. Wenn dagegen die Parteyen, bey der Schenkung selbst, durch irgend ein Auskunftsmittel zu der Uberzeugung gelangen, daß der Fall einer Insinuation nicht vorhanden sey, so ist auch für die Folge die Anfechtung ausgeschlossen, wenn nur nicht die Absicht der Umgehung des Gesetzes nachgewiesen werden kann.

Werden unter denselben Personen mehrere Schenkungen zu verschiedenen Zeiten gemacht, so sollen diese niemals zusammen gerechnet werden, um das Bedürfniß der Insinuation zu begründen, wenngleich es denkbar wäre, daß man Eine Schenkung in Theile zerlegt hätte, um die Vorschrift der Insinuation zu umgehen (v). War daher die Schenkung durch eine Obligation von 800 Solidi ohne Insinuation bewirkt, welche nachher ausgezahlt werden, so ist diese Handlung, in Ansehung der 500, Zahlung einer gültigen Schuld (§ 157. a. b), in Ansehung der 300, Zahlung einer nichtigen Schuld, also selbst wieder eine neue Schenkung, die aber, weil sie für sich allein die gesetzliche Summe nicht übersteigt, gültig und unwiderruflich ist.

(v) *L.* 34 § 3 *C. de don.* (8. 54.). Unter den alten Juristen war diese Frage, in Beziehung auf die L. Cincia, bestritten worden.

Der Erfolg ist also in diesem besonderen Fall verschieden von dem bey einem gleichartigen Geschäft unter Ehegatten (§ 163).

Wo nun, nach den hier aufgestellten Grundsätzen, die Insinuation nöthig ist, da besteht dieselbe in einem, über die gerichtliche Erklärung der Parteyen aufgenommenen, Protokoll. In früherer Zeit sollte sie nur vor dem competenten Richter geschehen können (w); im neuesten Recht ist aber jeder Richter für fähig dazu erklärt worden (x). Sein Geschäft beschränkt sich auf feyerliche Beglaubigung; von einer Genehmigung also, die nach Umständen auch verweigert werden könnte, ist dabey nicht die Rede. Ist jedoch in dem Geschäft irgend eine rechtswidrige Absicht wahrzunehmen, so kann und soll der Richter seine Mitwirkung, wodurch diese Absicht unterstützt werden würde, verweigern.

§. 167.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 2. Erschwerende Formen. (Fortsetzung.)

Die wichtigste Frage ist die nach der Wirkung der versäumten Insinuation. Hier lag der Gedanke nahe, sich

(w) *L.* 3 *C. Th. de don.* (8. 12.) vom J. 316. Es ist hier die Rede von dem Richter, in dessen Sprengel der Geber wohnt, und die geschenkte Sache gelegen ist. War nun aber Beides verschieden, so sollte bey Grundstücken wahrscheinlich das forum rei sitae den Vorzug haben.

(x) *L.* 8 *C. Th. de don.* (8. 12.) vom J. 415. — *L.* 27. 30. 32 *C. de don.* (8. 54.). — Marezoll S. 6.

an das ältere, für die L. Cincia ausgebildete Recht anzuschließen, nach welchem das Ansehen des Gesetzes durch künstliche Mittel aufrecht erhalten wurde (§ 165). Dieses ist nicht geschehen, und es würde sehr irrig seyn, diese Abweichung als einen gedankenlosen Zufall anzusehen. Wahrscheinlich wirkte darauf die Erfahrung, daß eben jenes ältere Recht zu großen Verwicklungen und Controversen geführt hatte, anstatt daß die Behandlung der Schenkung unter Ehegatten stets einfach und leicht gewesen war.

Unzweifelhaft ist wenigstens der für jene Wirkung aufgestellte Grundsatz. Ist die Insinuation versäumt, so ist das Geschäft völlig nichtig, ganz als wenn überhaupt Nichts geschehen wäre. Jedoch betrifft diese Nichtigkeit nur denjenigen Werth, welcher 500 Solidi übersteigt; bis zu dieser Summe bleibt die Schenkung gültig (a). Es ist demnach auf das Übermaas dasjenige Recht angewendet, welches von jeher bey der Schenkung in der Ehe anerkannt war (§ 163).

Eine Entwicklung dieses Grundsatzes finden wir nur in Einer Anwendung, aus welcher jedoch erhellt, daß man sich der Bedeutung desselben vollkommen bewußt war. Wird die Schenkung durch Tradition einer nicht ver-

(a) *L.* 34 *pr. C. de don.* (8. 54.). „.. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit, *hoc quod superfluum est* tantummodo non valere: *reliquam vero quantitatem,* quae intra legis terminos constituta est, *in suo robore perdurare: quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur.*

brauchbaren Sache, z. B. eines Grundstücks, bewirkt, so entsteht durch die Anwendung jenes Grundsatzes ein gemeinschaftliches Eigenthum zwischen dem Geber und Empfänger, wobey die Quoten, im Fall eines Rechtsstreits, durch richterliche Schätzung zu bestimmen sind. Zur Verhütung von Streitigkeiten sind hier folgende eigenthümliche Vorschriften gegeben. Der Eigenthümer des größeren Theils kann durch Zahlung der Taxe den kleineren an sich kaufen. Will er es nicht, so soll die Sache reell getheilt werden. Ist eine solche Theilung, nach der Natur des Gegenstandes, nicht anwendbar, so kann der Eigenthümer des kleineren Theils den größeren nach der Taxe an sich kaufen (b). — Aus demselben Grundsatz absoluter Nichtigkeit folgt auch, daß für das Übermaas die Schenkung kein Usucapionstitel seyn kann, so daß die Folge der versäumten Insinuation niemals durch Usucapion beseitigt wird, anstatt daß im älteren Recht die nachtheiligen Folgen der L. Cincia allerdings durch Usucapion abgewendet werden konnten (§ 165. e). — Es folgt daraus ferner, daß der Beschenkte, in Ansehung des Übermaaßes, als ein unredlicher Besitzer insofern angesehen werden muß, als er weiß, daran kein Eigenthum zu haben; jedoch insofern auch wieder nicht, als er Grund hat anzunehmen, daß er mit dem Willen des Eigenthümers (welcher eben der Geber ist) besitze, so lange dieser die Absicht eines Widerrufs nicht ausgesprochen hat (§ 150. 151). — Auch in Anse-

(b) *L.* 34 § 2 *C. de don.* (8. 54.).

hung aller übrigen, von Justinian unbestimmt gelassenen, Fragen ist nun Dasjenige anzuwenden, was, bey völlig gleichem Grundsatz, für die Schenkung in der Ehe mit so großer Sorgfalt von den alten Juristen ausgebildet worden ist (§ 163). Dieses gilt namentlich von den Rechtsmitteln. Wenn also der Geber, bey versäumter Insinuation, die Schenkung bereut, so kann er den ungültigen Theil derselben zurück fordern entweder durch eine Vindication, oder durch eine Condiction, je nachdem die geschenkte Sache selbst, oder nur deren Werth, bey dem Empfänger noch vorzufinden ist. Es ist nicht unmöglich, daß die Compilatoren die Wirkungen der versäumten Insinuation genauer festzustellen gerade deswegen für überflüssig gehalten haben, weil sie darauf rechnen konnten, daß die in den Digesten bey der Schenkung in der Ehe genau durchgeführten Regeln nun auch bey der versäumten Insinuation in Anwendung kommen würden. In dieser von Justinian ausgesprochenen Gleichartigkeit beider Rechtsinstitute liegt denn auch eine Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, daß in Beziehung auf die Insinuation das Daseyn fortdauernder Bereicherung gerade so zu beurtheilen ist, wie in Beziehung auf die Schenkung unter Ehegatten (§ 151). Denn man kann z. B. die Frage nach der Einwirkung der Consumtion betrachten als zur genaueren Bestimmung des Schenkungsbegriffs gehörend, so wie sie oben aufgefaßt worden ist. Man kann sie aber auch, und nicht minder richtig, auf die Bedingungen und

Gränzen der Condiction beziehen; da nun die Condiction gewiß auch für den Fall der versäumten Insinuation gilt, und wir für sie keine eigenthümlichen Vorschriften besitzen, so bleibt uns Nichts übrig, als die für die Condiction unter Ehegatten aufgestellten Regeln auch hier zur Anwendung zu bringen.

Wenn eine große Schenkung, bey welcher die Insinuation versäumt wurde, durch Mitwirkung fremder Personen vollzogen worden ist, z. B. durch Expromission, so entsteht die Frage, ob die Nichtigkeit auch das Geschäft mit diesen fremden Personen (welches selbst keine Schenkung ist) umfaßt. Diese besonders schwierige Frage ist in der Beylage X. untersucht worden.

Es bleibt nur noch übrig, von den ausgenommenen Fällen zu sprechen, in welchen jede Schenkung, ohne Rücksicht auf ihren Geldwerth, von der Form der Insinuation befreyt ist.

Dahin gehört die Schenkung des Kaisers an Privatpersonen, so wie die von solchen an den Kaiser gemachten Schenkungen (c).

Ferner die Schenkung zum Aufbau eines eingestürzten oder abgebrannten Hauses (d); die einzige Ausnahme, die

(c) *L.* 34 *pr. C. de don.* (8. 54.), *Nov.* 52 *C.* 2.

(d) *L.* 36 § 2 *C. de don.* (8. 54.). Es heißt hier „*pecunias* .. praebentibus vel cautionem conficientibus;" daher glaubt Marezoll S. 26, es dürfe keine andere Sache als Geld Gegenstand der Schenkung seyn. Ich glaube, es heißt: Geld (oder Geldeswerth), und es sollte nur ausgedrückt werden, daß ein Versprechen so gut von der Insinuation befreyt seyn sollte, als die Tra-

dem Verbot in der Ehe und der versäumten Insinuation gemeinschaftlich angehört. Entsteht hinterher Streit über die Verwendung, so soll dieser durch des Empfängers Eid entschieden werden.

Dann die Schenkung zur causa piissima, das heißt zum Loskauf von Gefangenen. Auch hier soll über die Verwendung der Eid des Empfängers genügen (e).

Blos historische Bedeutung hat die Befreyung der Schenkungen beweglicher Sachen, welche ein Magister militum an verdiente Soldaten giebt (f).

Ungleich wichtiger ist die Ausnahme für den Fall einer gegebenen Dos. Giebt die Frau selbst eine solche, so ist es gar nicht Schenkung (§ 152), und bedarf deshalb keiner Insinuation. Giebt aber ein Frrmder, so liegt darin eine wahre Schenkung an die Frau, und daß diese von der Insinuation befreyt ist, muß als positive Ausnahme angesehen, und aus der auch in anderen Beziehungen vorkommenden Begünstigung der Dos erklärt werden (g).

dition. Pecuniae sind genannt, weil in diesem Fall am Gewöhnlichsten Geld gegeben werden wird.

(e) *L.* 36 *pr. C. de don.* (8. 54.). Hier heißt es gleichfalls „*pecunias* dederit, sive per cautionem dare promiserit," weshalb wiederum Marezoll S. 25 die Befreyung auf Geldschenkungen einschränken will. Aus den in Note d angeführten Gründen halte ich diese Beschränkung für unrichtig, hier aber um so mehr, als dieselbe Befreyung auch schon in *L.* 34 *pr. C. eod.* vorkommt, und zwar ohne Angabe irgend eines Gegenstandes.

(f) *L.* 36 § 1 *C. de don.* (8. 54.) „donationes rerum mobilium vel sese moventium." Diese Bezeichnung des Gegenstandes hat augenscheinlich eine beschränkende Bedeutung.

(g) *L.* 31 *pr. C. de j. dot.* (5. 12.). Vgl. oben § 157. s. — Anfangs galt dieselbe Befreyung

Dagegen müssen folgende Ausnahmen verworfen werden. Zuerst die von Manchen behauptete Ausnahme der remuneratorischen Schenkungen. Diese sind der gewöhnlichen Regel der Insinuation unterworfen, mit Ausnahme des Lohnes für Lebensrettung, welcher gar nicht als Schenkung betrachtet wird (§ 153). — Ferner die Schenkung an eine pia causa. Diese war früher befreyt bis zu der Summe von 500 Solidi (h); seitdem diese Summe zur allgemeinen Regel erhoben worden ist, hat jene Ausnahme ihre Bedeutung verloren. — Ganz besonders auch fällt hier weg die Bestätigung der ungültigen Schenkung durch den Tod, welche bey der Schenkung in der Ehe durch den Senatsschluß vom J. 206 eingeführt wurde (§ 164). Denn diese beruht auf einer ganz positiven Vorschrift, die wir nicht willkührlich ausdehnen können; auch war ihre Veranlassung dem ehelichen Verhältniß ganz eigenthümlich (§ 164. d). Daher hat selbst für Ehegatten Justinian ausdrücklich vorgeschrieben, daß ihre mehr als 500 Solidi betragende Schenkungen durch den Tod nur dann bestätigt seyn sollen, wenn die Form der Insinuation dabey beob-

auch für die donatio propter nuptias. *Nov.* 119 *C.* 1. Späterhin wurde diese Befreyung für den Fall aufgehoben, da der Mann aus Eheverträgen die Dos lucriren will. *Nov.* 127 *C.* 1. Die Insinuation ist hier etwas Besonderes, von der bey der Schenkung Verschiedenes, denn eine wahre Schenkung an die Frau liegt in der Bestellung der donatio propter nuptias von Seiten des Mannes nicht, so wenig als in der Dos, die der Mann von der Frau empfängt.

(h) *L.* 19 *C. de SS. eccl.* (1. 2.), *L.* 34 *pr.* § 1 *C. de don.* (8. 54.).

achtet sey (i); um so weniger kann unter Fremden der Tod des Gebers die fehlende Insinuation ersetzen. Auch in dieser Beziehung ist daher die neuere Vorschrift der Insinuation strenger als die L. Cincia, indem nach dieser die Bestätigung durch den Tod zugelassen wurde (§165. f), anstatt daß gegenwärtig die versäumte Insinuation auch von dem Erben des Gegners geltend gemacht werden kann.

Vergleichen wir nunmehr das Verbot unter Ehegatten mit der Vorschrift der Insinuation, so ergiebt sich folgender praktischer Zusammenhang. Jede Schenkung, welche den Werth von 500 Solidi übersteigt, und nicht insinuirt wird, ist in der Regel nichtig. Unter Ehegatten ist auch eine geringere Schenkung nichtig, so wie eine mit Insinuation versehene größere; diese eigenthümliche, weiter gehende, Beschränkung in der Ehe wird jedoch beseitigt, wenn der Geber in der Ehe stirbt, ohne einen veränderten Willen an den Tag zu legen (k).

§. 168.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 3. Widerruf aus besonderen Gründen.

Um die eigenthümliche Natur dieses Widerrufs klar zu

(i) *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.).

(k) Ganz so ist das Verhältniß anerkannt in *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.).

machen, ist es nöthig, die Vergleichung mit anderen Rechtsverhältnissen zum Grunde zu legen.

Wer Etwas giebt, um dadurch einen anderen juristischen Zweck, als welcher schon in dem Geben selbst liegt, zu erreichen (ob causam), der kann in der Regel das Gegebene zurückfordern, wenn die causa eine irrige war. Ausnahmsweise kann er es auch ohne Irrthum: namentlich gestattet das Römische Recht bey den Innominatcontracten eine Rückforderung wegen bloßer Reue des Gebers. In allen diesen Fällen gelten Condictionen, von welchen jedoch bey der Schenkung keine Anwendung zulässig ist (a), weil diese keinen außer dem Geben liegenden juristischen Zweck hat, weshalb das Geben ob causam einen scharfen Gegensatz bildet gegen das Geben als Schenkung.

Bey der Schenkung kann ein Widerruf aus folgenden Gründen eintreten. Erstlich wenn ein solcher besonders ausbedungen ist, welcher Nebenvertrag die Natur eines Modus annimmt (§ 175. d). Zweytens wenn die Schenkung nach positiven Rechtsregeln ungültig ist, nämlich entweder wegen des ehelichen Verhältnisses, oder wegen der versäumten Insinuation; in diesen Fällen kann das Geschenk bald durch Vindication, bald durch Condiction, zurückgefordert werden (§ 163. 167).

Wenn nun gegenwärtig, unabhängig von diesen Grün-

(a) *L.* 3. 4 *de revocandis don.* (8. 56.). *L.* 6. 7 *C. de cond. ob causam* (4. 6.).

den (die eine allgemeinere Natur haben), noch von einem besonderen Widerruf die Rede ist, so bezieht sich dieser auf solche Schenkungen, die an sich selbst gültig sind, so daß er stets die Natur einer Ausnahme an sich trägt. Ich habe ihn deshalb als Widerruf aus besonderen Gründen bezeichnet (b).

Der Widerruf selbst ist von ganz verschiedener Art; in einigen Fällen wird er von einem Dritten ausgeübt, dessen Rechte durch die Schenkung beeinträchtigt sind, also gegen den Willen des Gebers: in anderen Fällen von dem Geber selbst, also in Folge einer in dem Willen desselben vorgegangenen Veränderung.

Der Widerruf eines Dritten kommt vor in zwey Fällen: bey der inofficiosa donatio, und in der Pauliana actio.

Sind durch Schenkungen die Ansprüche naher Verwandten auf den Pflichttheil verletzt, so können diese eine Ergänzung des Pflichttheils verlangen, und zu diesem Zweck einen Theil der Schenkung zurück fordern (c). Die

(b) Eigenthümliche Quellen dafür sind: Cod. Theod. VIII. 13, Cod. Just. VIII. 56. — Donellus Lib. 14 C. 26—32 hat diesen Gegenstand sehr ausführlich behandelt.

(c) Fragm. Vat. § 270. 271. 280. 281, Cod. Theod. II. 20, Cod. Just. III. 29. Francke Notherbenrecht § 42. 43. 44. — Allerdings hat es nach *L.* 5 *C. tit. cit.* den Schein, als könne der Geber selbst, wenn ihm nachher Kinder geboren werden, einen Theil des Geschenks zurück fordern, um der Verletzung des Pflichttheils schon jetzt vorzubeugen; allein die dagegen von Donellus XIX. 11 § 21. 22 aufgestellte Gründe sind doch überwiegend. Vorzüglich bleibt es ja bis zu des Gebers Tod ganz ungewiß, ob ihn Kinder überleben werden, denen durch die Schenkung Etwas entzogen wird. In der angeführten Stelle hatte allerdings der Geber selbst

genauere Darstellung dieses Rechtsverhältnisses ist nur im Erbrecht, in Verbindung mit dem Pflichttheil, möglich.

Hat ein Schuldner durch Schenkungen sein Vermögen unredlicherweise insolvent gemacht, oder dessen Insolvenz vermehrt, so können die Glaubiger diese Schenkungen widerrufen, selbst wenn der Empfänger keine Kenntniß von der Unredlichkeit des Gebers hatte (d). Die genauere Darstellung dieses Rechtssatzes gehört in die Lehre von der Insolvenz der Schuldner.

Der Widerruf des Gebers kommt gleichfalls vor in zwey Fällen (e), wovon jedoch nur einer noch im heuti-

bey den Kaisern angefragt, und diese antworten ihm: „id quod .. liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ... *ad patrimonium tuum revertetur.*" Allein diese Worte können auch von der künftig, nach dem Tode des Gebers, eintretenden Klage der nachgebornen Kinder verstanden werden, so daß sie eine beruhigende Belehrung über deren spätéres Schicksal enthalten. Ad patrimonium tuum heißt dann so viel als ad hereditatem tuam. Abweichender Meynung ist Francke S. 517 — 519, unter andern deswegen, weil es zur Erziehung des posthumus nöthig seyn könne; allein dadurch geht man aus dem Begriff der Inofficiosität ganz heraus, und verirrt sich in den Widerruf wegen nachgeborner Kinder, der ganz andere Bedingungen und Gründe hat (Note g. h).

(d) War der Erwerber mitwissend, so kommt es nicht einmal auf dessen Bereicherung an; nur im Fall der Unwissenheit desselben ist daher die Schenkung als eigenthümliche Bedingung des Widerrufs zu betrachten. Vergl. § 145. d. — Manche rechnen dahin auch die actio Faviana, aber mit Unrecht, weil diese weder Bereicherung, noch Mitwissen voraussetzt, so daß bey ihr die Schenkung gar keine eigenthümliche Wirkung hat, sondern mit allen anderen Veräußerungen gleich wirkt. Vgl. § 145. g.

(e) Man könnte dahin auch noch rechnen den Widerruf der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt; allein dieser wird vielmehr dadurch begründet, daß man in jenem Fall die ursprüngliche Schenkung als ein datum ob causam (non secutam) behandelt. Vgl. § 162. i.

gen Recht übrig ist: wegen nachgeborner Kinder des Gebers, und wegen Undankbarkeit des Empfängers.

Die erste Art des Widerrufs hatte folgenden Ursprung. Wenn ein Patron seinem Freygelassenen Etwas schenkte, so galt lange Zeit ein ganz willkührlicher Widerruf. Man nahm an, der Patron werde dazu im Betragen des Freygelassenen Gründe gefunden haben, die kein Richter prüfen dürfe; erst mit dem Tode des Patrons sollte diese Willkühr aufhören (f). Späterhin gieng man von diesem ausgedehnten Recht des Patrons ab, und gestattete ihm den Widerruf nur in zwey Fällen: bey nachgebornen Kindern, und bey erweislicher Undankbarkeit. Der erste dieser Fälle, der sich in einer Constitution des K. Constantius vom J. 355 erhalten hat (g), kann für uns nur noch historische Bedeutung haben. Manche haben Dieses bezweifelt, indem sie dasselbe Recht des Widerrufs auf jede Schenkung überhaupt, nicht blos auf die von einem Patron ausgehende, anwenden wollten; sie giengen davon aus, daß die Rescripte des Codex oft die Zufälligkeiten des einzelnen Falles erwähnten, ohne daß wir diese als

(f) Fragm. Vaticana § 272. 313. — Ganz unrichtig würde man damit in Verbindung bringen wollen die ähnlich lautende Regel, daß die Schenkung eines Vaters an seinen Sohn in potestate erst durch den Tod bestätigt wird. (Fragm. Vatic. § 274. 277. 278. 281. *L.* 25 *C. de don. int. vir.* 5. 16.). Denn dieses gründet sich nicht auf ein besonderes Revocationsrecht des Vaters, sondern auf die natürliche Nichtigkeit einer solchen Schenkung, die nur durch die Bestätigung vermittelst eines (stillschweigenden) letzten Willens beseitigt werden kann.

(g) *L.* 3 *C. Th. de revoc. don.* (8. 13.), *L.* 8 *C. Just. eod.* (8. 56.).

Bedingungen der ausgesprochenen Rechtsregel ansehen dürften. Allein diese an sich wahre Bemerkung paßt nicht auf die angeführte Kaiserconstitution, die kein Rescript, sondern ein Edict ist, und die einen Widerruf, der immer nur Ausnahme von der Regel ist, lediglich dem Patron im Fall nachgeborner Kinder gestattet (h). Mußte nun die Sache so angesehen werden, schon bey unbefangener Betrachtung der angeführten Constitution für sich, so blieb vollends kein Zweifel, seitdem der oben bemerkte historische Zusammenhang entdeckt war; denn nunmehr erscheint jenes im Codex anerkannte Recht des Patrons als ein bloßer Überrest seines früheren weit ausgedehnteren Rechts, wodurch jede Veranlassung verschwindet, auch fremden Personen ein gleiches Recht einzuräumen.

Der Widerruf wegen Undankbarkeit hat folgende Entwicklung gehabt. Anfangs bestand er bey den Schenkungen des Patrons, aber als bloße Folge des diesem zukommenden ganz willkührlichen Widerrufs (Note f). Dann wurde er bey dem Patron durch das erweisliche Daseyn

(h) Sehr gründlich ist jene irrige Meynung widerlegt schon von J. Gothofred. in L. cit. Cod. Theod., der zwar die Vaticanischen Fragmente noch nicht kannte. — Von den Praktikern freylich wird die entgegengesetzte Meynung vertheidigt. Lauterbach XXXIX. 5 § 53—57. Da sie selbst aber diesen Widerruf doch nicht für jede geringe Schenkung gestatten wollen, so sind sie nun genöthigt, hierin Alles in des Richters Willkühr zu stellen. Für das wahre und dringende Bedürfniß genügt in solchen Fällen der Widerruf der inofficiosa donatio (Note c), der allerdings auch auf den Fall nachgeborner Kinder anwendbar ist. *L.* 5 *C. de inoff. don.* (3. 29.).

wirklicher Undankbarkeit bedingt, also in dieser Beziehung das Recht des Patrons sehr beschränkt (i). In dieser beschränkten Gestalt aber wurde der Widerruf, wie es scheint sehr frühe, auch für die Schenkungen der Eltern an ihre Kinder zugelassen (k). Endlich erhob Justinian den Widerruf wegen Undankbarkeit zu einer allgemeinen Rechtsregel, in welcher also die früheren besonderen Befugnisse der Eltern und Patronen sich verloren haben (l).

§. 169.

V. Schenkung. — Einschränkungen. 3. Widerruf aus besonderen Gründen. (Fortsetzung.)

Der Widerruf wegen Undankbarkeit unterscheidet sich von den früher dargestellten Einschränkungen der Schenkung (§ 162—167) hauptsächlich darin, daß hier niemals von einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Rede seyn

(i) Diese Veränderung wird recht augenscheinlich, wenn man das Rescript des Kaisers Philippus, wie es in *L.* 1 *C. de revoc. don.* (8. 56.) erscheint, mit seiner ursprünglichen Gestalt vergleicht, die sich in Fragm. Vat. § 272 erhalten hat. — Welchen Punkt in der Entwicklung dieses Rechtsinstituts Fragm. Vat. § 275 bezeichnet, ist ungewiß; über die Erklärung und über den Text dieser Stelle sind ganz entgegengesetzte Meynungen aufgestellt worden. Hasse Rheinisch. Museum I. 229. Unterholzner ebendas. III. 153. Buchholtz ad § 275 cit.

(k) *L.* 31 § 1 *de don.* (39. 5.), *L.* 7 *C. de revoc. don.* (8. 56.) (ist *L.* 1 *C. Th. eod.*), *L.* 9 *C. eod.* (ist *L.* 6 *C. Th. eod.*), *L.* 2. 4 *C. Th. eod.* (8. 13.). — In der angeführten Digestenstelle wäre es möglich, daß die Erwähnung der Revocation auf einer Interpolation beruhte; nur kann Dieses aus den wenigen in Fragm. Vatic. § 254 erhaltenen Worten nicht gefolgert werden.

(l) *L.* 10 *C. de revoc. don.* (8. 56.).

kann, sondern nur von einem persönlichen Anspruch auf Rückgabe des Geschenks. Daher kann zu diesem Zweck niemals eine Vindication gebraucht werden, sondern nur eine persönliche Klage. Bey der Schenkung in der Ehe galt eine condictio sine causa oder ex injusta causa (§ 163. h), und eben so im Fall der versäumten Insinuation; denn in beiden Fällen stand die factisch vorhandene donationis causa im Widerspruch mit absoluten Rechtsregeln. Ein solcher Widerspruch ist hier nicht vorhanden, sondern es ist nur dem Geber das Recht eingeräumt, die an sich gültige Schenkung zu entkräften. Donellus nimmt an, jede Schenkung enthalte den stillschweigenden Vertrag, daß der Empfänger die Undankbarkeit meiden solle; bey Verletzung dieses Vertrags gelte die condictio ob causam datorum (a). Diese Annahme ist aber gezwungen und willkührlich, da in der Wirklichkeit fast Niemand zur Zeit der Schenkung an ein solches künftiges Misverhältniß denken wird; wo zu solchen Gedanken Grund ist, werden eher andere Formen, als die der Schenkung, gewählt werden. — Niemand zweifelt, daß aus der Natur der Schenkung diese Art des Widerrufs durchaus nicht abgeleitet werden könne, und daß wir ihn gar nicht zulassen würden, wenn nicht ein bestimmtes Gesetz von Justinian ihn eingeführt hätte; daher habe ich kein Bedenken, die Klage eine condictio ex lege zu nennen.

Das Recht zu dieser Klage hat nur der Geber selbst,

(a) Donellus XIV. 31 § 7—14.

nicht dessen Erbe (b). Wollte man dieses buchstäblich nehmen, so müßte der Geber schon wirklich die Klage angestellt haben, um sie vererben zu können. Allein auch der bloße Wille des Widerrufs reicht dazu schon hin, so daß die Klage nur wegfällt, wenn der Geber stirbt, ohne seinen veränderten Willen auf irgend eine Weise an den Tag gelegt zu haben. Dafür spricht die Analogie der Schenkung in der Ehe, die gleichfalls durch den Tod unwiderruflich wird, und zwar auf die hier angegebene Weise (§ 164). Daß aber in der That diese Analogie im Sinn des Gesetzes liegt, zeigen dessen Ausdrücke deutlich genug (c).

Eben so geht die Klage nur unmittelbar gegen den Empfänger selbst, nicht gegen dessen Erben; das heißt, es muß der Geber seinen veränderten Willen kund gegeben haben, so lange der Empfänger noch lebte. Bey der Schenkung der Mutter an ihre Kinder ist dieses ausdrück-

(b) *L.* 10 *C. de revoc. don.* (8. 56.).

(c) *L.* 10 *C. cit.* „Etenim si ipse, qui hoc passus est, *tacuerit; silentium ejus maneat semper*, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.." — Von demjenigen, welcher seine Unzufriedenheit und die Absicht des Widerrufs ausgesprochen, nur aber noch nicht die Klage angestellt hat, würden die Ausdrücke tacuerit und silentium unmöglich gebraucht werden können. Dieses führt auch Donellus XIV. 29 § 7—12 sehr gut aus; nur behauptet er § 11 etwas Anderes für die schenkende Mutter, weil in *L.* 7 *C. eod.* steht: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Allein diese unbestimmten Ausdrücke müssen aus den bestimmteren der *L.* 10 *cit.* erklärt werden, da nicht die Absicht erhellt, in diesem Stück für die Mutter etwas Abweichendes zu bestimmen.

lich gesagt, und daher auch unbestritten (d). Schon hieraus wird es wahrscheinlich, daß dieselbe Beschränkung auch in allen anderen Fällen gelten müsse, indem die Absicht, hierin etwas Besonderes für die Mutter zu bestimmen, nicht angedeutet ist; allein Justinian hat es auch im Allgemeinen deutlich genug ausgesprochen (e).

Die Bedingung der Klage ist im Allgemeinen die Undankbarkeit des Empfängers; allein Justinian hat Fünf einzelne Fälle dieser Undankbarkeit angegeben, und ausdrücklich bestimmt, in jedem derselben solle der Widerruf gelten, außer ihnen durchaus nicht (f). Die Fälle selbst sind folgende:

1) Grobe wörtliche Beleidigungen (g).

2) Thätlichkeiten gegen die Person des Gebers (h).

(d) *L.* 7 *C. de revoc. don.* (8. 56.) „*nec in heredem* detur, nec tribuatur heredi."

(e) *L.* 10 *C. cit.* „Hoc tamen *usque ad primas personas tantummodo* stare censemus." Die primae personae sind der Geber und der Empfänger, auf welche also der Widerruf individuell beschränkt seyn soll. Daß in den folgenden Worten die Beschränkung in Beziehung auf die Erben des Gebers noch besonders eingeschärft wird (Note c), kann jener an der Spitze stehenden Regel ihre Kraft nicht entziehen. Es ist unglaublich, welche Mühe Donellus XIV. 30 § 1 — 15 aufwendet, um jenen Satz zu widerlegen, indem er ganz ohne Grund die oben abgedruckten Worte für zweydeutig ausgiebt. Er argumentirt lediglich aus allgemeinen Gründen, allein auch diese entscheiden gegen ihn, wenn man das Rechtsverhältniß in seiner wahren Natur auffaßt. Denn dieser Widerruf hat eigentlich die Natur einer Strafklage, und solche gehen überhaupt nicht gegen den Erben.

(f) *L.* 10 *C. cit.* „Ex his enim tantummodo causis ... donationes in eos factas everti concedimus." Donellus XIV. 27 § 6—15 handelt ausführlich von diesen Fällen.

(g) „ita ut injurias atroces in eum *effundat*."

(h) „vel manus impias *infe-*

3) Bedeutender Vermögensverluſt, der dem Geber nicht blos gedroht, ſondern wirklich zugezogen wird (i).

4) Lebensgefahr, in welche der Geber durch den Empfänger gebracht wird.

5) Wenn der Empfänger die Verpflichtungen zu erfüllen verweigert, die ihm bey der Schenkung auferlegt wurden. Hier hätte es dieſes beſonderen Rechts auf Widerruf nicht einmal bedurft, da die gewöhnliche Regel der donatio sub modo ſchon hinreichende Rechtsmittel darbot (§ 175). Es hat alſo nunmehr für einen ſolchen Fall der Geber die Wahl, ob er die Schenkung wegen Undankbarkeit widerrufen, oder jene allgemeineren Rechtsmittel gebrauchen will; auf dieſe letzten kann die Ausſchließung der beiderſeitigen Erben nicht bezogen werden, die für den Widerruf wegen Undankbarkeit vorgeſchrieben iſt (k).

rat." In dieſen beiden Fällen ſind offenbar die Verbal- und Real-Injurien ausgedrückt. Die Beurtheilung der Schwere iſt dem Ermeſſen des Richters überlaſſen, der dabey natürlich auch das perſönliche Verhältniß zu erwägen hat. Dieſelben Worte, die im Munde eines Sohnes gegen den Vater injuriae atroces ſind, werden es vielleicht nicht ſeyn, wenn ſie ein Höherer gegen einen Niederen gebraucht.

(i) Die Größe des Verluſtes, die zum Widerruf nöthig iſt („*non levem* sensum substantiae donatoris imponat"), iſt dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen. Ganz willkührlich nimmt Donellus l. c. § 10 den dritten Theil des Vermögens als Minimum an, weil dieſes die geringſte Vermögensſtrafe iſt, die als Folge eines publicum judicium im R. R. erwähnt wird.

(k) Sehr gut hat dieſes Verhältniß entwickelt Donellus XIV. 27 § 12—15 und XIV. 30 § 16. 17. — Mühlenbruch § 443 not. 8 der vierten Ausg. nimmt hieran ohne Grund Anſtoß, da doch ſonſt Fälle genug vorkommen, worin ein Kläger die Wahl hat zwiſchen mehreren Klagen von verſchiedenen Bedingungen und Folgen.

Giebt es nun etwa Ausnahmen von dieser Klage auf Rückgabe, selbst wenn eine jener Bedingungen vorhanden ist? Man könnte eine solche Ausnahme annehmen wollen für den Fall, da bey der Schenkung selbst auf den Widerruf verzichtet wird; ein solcher Verzicht aber muß für unwirksam gehalten werden, weil durch ihn die einer Unsittlichkeit steuernde Rechtsregel entkräftet werden würde (l). — Manche haben eine Ausnahme behauptet für die remuneratorischen Schenkungen. Setzt man, mit Donellus, den Grund des Widerrufs in einen auf die Zukunft gerichteten stillschweigenden Vertrag (Note a), so könnte man dieser Meynung geneigt seyn, weil der Geber bey der remuneratorischen Schenkung seinen Blick mehr nach der Vergangenheit richtet als nach der Zukunft. Giebt man aber diese Herleitung auf, und überzeugt man sich zugleich davon, daß die remuneratorische Schenkung von jeder anderen juristisch gar nicht verschieden ist, so muß man jene Ausnahme verwerfen (§ 153. a. b). — Eine Ausnahme jedoch ist in der That anerkannt, und selbst im neuesten Recht theilweise beybehalten worden. Wenn eine Mutter ihre Kinder beschenkt, hinterher aber entweder zu einer zweyten Ehe schreitet, oder gar einen offenbar sittenlosen

(l) Also nach der Analogie von *L.* 27 § 4 *de pactis* (2. 14.), worin für ungültig erklärt werden die Verträge ne furti agam, vel injuriarum, si feceris, und ne experiar interdicto unde vi. Von diesen heißt es turpem causam continent, was man gewiß auch sagen kann von einem Vertrag, der die Undankbarkeit von einem gesetzlich angedrohten Nachtheil befreyt. Vergl. auch *L.* 1 § 7 *depositi* (16. 3.) und *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.).

Lebenswandel führt, so sollte sie jenen Widerruf nicht ausüben können (m). Den letzten dieser Fälle hat Justinian unverändert gelassen, so daß er noch jetzt gelten muß; den ersten aber hat er auf folgende ganz willkührliche Weise modificirt. Die schenkende Mutter, die zur zweyten Ehe schreitet, soll zwar auch den Widerruf haben, jedoch nicht ganz auf dieselbe Weise wie andere Personen (n). Der Fall der Verbalinjurien ist weggelassen; Realinjurien und zugezogene Lebensgefahr sind geblieben; aus dem zugezogenen Verlust im Vermögen ist gemacht eine bloße bedrohende Unternehmung, die jedoch gegen das ganze Vermögen gerichtet seyn soll (o); endlich die Verweigerung übernommener Verpflichtungen ist weggelassen, welches jedoch ziemlich gleichgültig ist, da für diesen Fall schon andere Klagen vorhanden sind, die hier gewiß nicht versagt werden sollten (p).

Es bleibt nun noch übrig, die Wirkungen des Widerrufs wegen Undankbarkeit festzustellen. Ist das Geschenk noch unverändert im Vermögen vorhanden, so hat die

(m) *L.* 7 *C. de revoc. don.* (8. 56.).

(n) *Nov.* 22 *C.* 35, Auth. *Quod mater C. de revoc. don.* (8.56.).

(o) Donellus XIV. 27 § 24 nimmt an, die hierin liegende Ausdehnung (des wirklichen Verlustes auf blos bedrohende Unternehmungen) müsse um so mehr auch den Müttern, die nicht zur zweyten Ehe schreiten, so wie den schenkenden Vätern, zu gut kommen. Will man nicht Justinian auf alle Consequenz verzichten lassen, so muß dieses zugegeben werden. Doch kann man allerdings bey so willkührlichen Verordnungen die bloße Consequenz nicht mit demselben Vertrauen, wie bey anderen Rechtsregeln, geltend machen.

(p) Donellus XIV. 28 § 9.

Rückforderung desselben keinen Zweifel. Hat dasselbe irgend eine Verwandlung erlitten durch Umtausch, so daß der Werth desselben als Bereicherung im Vermögen übrig ist, so kann die Klage auf diesen vorhandenen Werth gerichtet werden (§ 149—151). Wie aber wenn das Geschenk durch des Empfängers freye Handlung (Verschwendung oder Schenkung an Andere) untergegangen ist? Hier hat es wohl kein Bedenken, den Empfänger frey zu sprechen, wozu noch dringendere Gründe vorhanden sind, als bey der Schenkung unter Ehegatten. Denn der beschenkte Ehegatte weiß doch, daß die Sache nicht ihm gehört, und er kann höchstens annehmen (meist auch mit Grund), daß seine Verfügung dem Willen des Eigenthümers nicht entgegen sey. In unsrem Fall aber ist der Empfänger in der That Eigenthümer, und seine willkührliche Handlung, wodurch das Geschenk aus seinem Vermögen kommt, ist daher eine rechtmäßige und tadellose. Freylich stellt sich die Sache anders, sobald die Undankbarkeit vor der Consumtion Statt fand; denn nun mußte der Beschenkte den Widerruf erwarten, und wenn er dennoch die Sache consumirte, so konnte man von ihm sagen: dolo fecit quo minus restitueret (q). Ja es wäre unbedenklich Dasselbe anzunehmen, wenn zwar die undankbare Handlung erst nach der Consumtion vorfiele, jedoch zugleich bewiesen

(q) Es entscheidet hier die augenscheinlich passende Analogie des sogen. beneficium competentiae, welches auch Demjenigen versagt wird, qui dolo facit quo minus facere possit. *L.* 63 § 7, *L.* 68 § 1 *pro socio* (17. 2.).

werden könnte, daß der Entſchluß zu dieſer Handlung zur Zeit der Conſumtion ſchon vorhanden war. — Dieſe, aus der allgemeinen Natur des Rechtsverhältniſſes, verglichen mit den Vorſchriften über die Schenkung in der Ehe, abgeleiteten Rechtsregeln werden durch folgende beſondere Beſtimmung über die Schenkung der Mutter, vielmehr beſtätigt, als zweifelhaft gemacht (r):

Ceterum ea, quae adhuc matre pacifica jure perfecta sunt, et ante inchoatum coeptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, ceterisque causis legitime alienata: minime revocamus. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.

Der Sinn der Stelle iſt folgender: Die Mutter ſoll, wenn die geſchenkten Sachen vor der Undankbarkeit rechtsgültig veräußert ſind, keine Klage gegen die dritten Beſitzer haben, alſo keine in rem actio. Ja ihre Klage ſoll in dem Grade blos personalis ſeyn, daß ſie von keiner Seite auf die Erben übergehen ſoll; ſie ſoll daher nur gegen den Beſchenkten ſelbſt, wenn dieſer noch beſitzt, eine ähnliche Wirkung wie die Vindication hervorbringen, nämlich die Reſtitution erzwingen. — In dieſer Verſagung einer Klage gegen die dritten Beſitzer liegt aber keineswegs auch die Verneinung einer Condiction gegen den Em-

(r) *L. 7 C. de revoc. don.* (8. 56.).

pfänger, insoweit dieser durch den eingenommenen Kaufpreis bereichert ist (s).

Was endlich die Früchte der geschenkten Sache betrifft, so ist gleichfalls nach denselben Regeln zu verfahren, welche für die Früchte eines unter Ehegatten gegebenen Geschenks gelten (§ 147).

Auch bey diesem Widerruf kann die Frage entstehen, wie er auf Dritte, mit der Schenkung in Verbindung stehende, Personen einwirke. Diese Frage wird in ihrem vollständigen Zusammenhang in der Beylage X. behandelt.

§. 170.

V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Schenkung auf den Todesfall.

Bey denjenigen Schenkungen, welche auf Verträgen beruhen, ist schon oben die Möglichkeit von Bedingungen

(s) Donellus XIV. 31 § 3—6 behandelt diese Frage auf sehr einseitige Weise. Als Regel nimmt er an, der Empfänger müsse den Werth der veräußerten Sache in jedem Fall herauszahlen, er möge durch die Veräußerung reicher seyn oder nicht; damit tritt er dem Empfänger zu nahe. Als Ausnahme soll gelten die Schenkung der Mutter, bey welcher die Klage gegen den Beschenkten durch jede Veräußerung ausgeschlossen werde, wieder ohne Rücksicht darauf, ob der Beschenkte reicher ist oder nicht; damit kommt die schenkende Mutter ganz ohne Grund in Nachtheil. — Seinen ersten Satz leitet er aus bloßen Gemeinplätzen ab; zur Begründung des zweyten nimmt er ganz ohne Noth an, die oben im Text abgedruckten Worte: Ceterum ea quae u. s. w. giengen blos auf die Klage gegen den Beschenkten, nicht auf die gegen den dritten Besitzer, da doch die nachfolgenden Worte *ita* personalem deutlich genug darauf hinweisen, daß auch schon die vorhergehenden Worte dazu bestimmt waren, der Meynung zu begegnen, als könne die Klage in rem angestellt werden.

überhaupt erwähnt worden, besonders aber von derjenigen einzelnen Art der Bedingung, wodurch eine Schenkung auf den Todesfall, oder Mortis causa donatio, entsteht. Deren Natur soll hier nach allen Seiten dargestellt werden (a).

Das Eigenthümliche dieser Art bedingter Schenkung besteht darin, daß sie durch ihren Zweck und Erfolg den Legaten verwandt ist. Deshalb ist sie allmälig auch vielen, für die Legate geltenden, Rechtsregeln unterworfen worden, ohne darum die vorherrschende Natur einer Schenkung abzulegen, unter deren Gattungsbegriff sie, als einzelne Art, fortwährend steht (b).

Die häufigste Form dieser Schenkung ist die, welche durch eine bestimmte, gegenwärtige Lebensgefahr (wie Krankheit, Feldzug, Seereise) dergestalt veranlaßt wird,

(a) Besondere Quellen: § 1 *J. de don.* (2. 7.), *Dig.* XXXIX. 6, *Cod.* VIII. 57, Paulus III. 7. — Schriftsteller: Haubold opusc. I. 489 (und Wenck praef. p. XXXVI sq.). — Müller Natur der Schenkung auf den Todesfall Gießen 1827. — Schröter in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß II. S. 97 fg. — Hasse Rhein. Museum II. 300 fg. III. 1 fg. und 371 fg. — Wiederhold in Linde's Zeitschrift XV. Num. IV. S. 96 fg.

(b) *pr. J. de don.* (2. 7.). „Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa." *L.* 67 § 1 *de V. S.* (50. 16.). „Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa." Hieraus folgt der wichtige Satz, daß jede Vorschrift, die unbestimmt für die donatio überhaupt gegeben ist, auch auf die mortis causa donatio zu beziehen ist, so lange nicht aus ihrem Inhalt eine engere Begränzung hervorgeht. — Die non mortis causa donatio heißt bey den Römern vera et absoluta. *L.* 35 § 2 *L.* 42 § 1 *de m. c. don.* (39. 6.), auch inter vivos. *L.* 25 *pr. de inoff. test.* (5. 2.).

daß durch das Verschwinden dieser Gefahr die Schenkung selbst ungültig werden soll (c). Doch ist dieser Umstand keineswegs nothwendig, vielmehr kann dabey eben so gut der allgemeine Gedanke an den ohnehin unausbleiblichen Tod des Gebers zum Grunde liegen (d).

Ferner ist es Regel, daß in beiden angegebenen Fällen der Geber den willkührlichen Widerruf bis zum Tode stillschweigend vorbehält (e). Aber auch dieser Vorbehalt ist nicht wesentlich, vielmehr kann auf diese Willkühr besonders verzichtet werden (f).

Demnach bleibt als allgemeines Wesen dieser Art der Schenkung übrig, daß sie nur gültig seyn soll, wenn der Geber vor dem Empfänger, oder auch gleichzeitig mit demselben (g), sterben wird (h). Innerhalb dieses Grund-

(c) *L.* 3 – 6, *L.* 8 § 1 *de m. c. don.* (39. 6.), § 1 *J. de don.* (2. 7.), Paulus III. 7.

(d) *L.* 2 *de m. c. don.* (39.6.) (im ersten der zusammengestellten Fälle), *L.* 31 § 2 *in f.*, *L.* 35 § 4 *eod.*

(e) *L.* 16. 30 *de m. c. don.* (39. 6.), § 1 *J. de don.* (2. 7.), Paulus III. 7. Dieser Vorbehalt versteht sich als Regel von selbst, braucht also nicht ausgedrückt zu werden.

(f) *L.* 13 § 1 *L.* 35 § 4 *de m. c. don.* (39. 6.), *Nov.* 87 *pr. C.* 1. Die in *L.* 35 *cit.* aus dem wirklichen Gebrauch angeführte verschiedene Formeln bezeichnen nicht auch eben so viele verschiedene Fälle; mehrere sind gleichbedeutend. — Nur scheinbar widersprechend sagen *L.* 27 *L.* 35 § 2 *de m. c. don.*, diese Art der Schenkung sey nicht verträglich mit der Bestimmung: ut nullo casu revocetur. Denn durch einen solchen Zusatz würde auch selbst die Rückforderung bey dem früheren Tode des Empfängers ausgeschlossen seyn, welches mit der m. c. donatio allerdings unverträglich ist. Verträglich damit aber ist die Clausel: ut ex arbitrio donatoris non revocetur.

(g) *L.* 26 *de m. c. don.* (39. 6.). Man kann also, streng genommen, nicht sagen, das Überleben des Empfängers sey zur Gültigkeit nöthig, sondern nur das Nichtüberleben des Gebers.

(h) Wesentlich ist diese Bedin-

begriffs bleibt nun freyer Spielraum für folgende Modificationen: 1) Zugleich willkührlicher Widerruf (der sich stillschweigend von selbst versteht) oder nicht. 2) Zugleich Bedingung des Todes in Folge einer bestimmten, gegenwärtigen Lebensgefahr, oder blos allgemeine Rücksicht auf den jedem Menschen beschiedenen Tod überhaupt. — Diese Modificationen können die Bedingung der Gültigkeit enger begränzen, also die Fälle vermehren, worin eine solche Schenkung ungültig wird. Der dieser Schenkung zum Grund liegende Gedanke läßt sich demnach so ausdrücken, daß der Geber das Geschenk seinem Erben weniger gönnt, als dem Beschenkten, diesem aber weniger als sich selbst (i).

Indem nun in dieser Bedingung das Lebensende des Gebers mit dem des Empfängers zusammengestellt wird, sind noch folgende nähere Bestimmungen nöthig. Steht der Empfänger in fremder Gewalt, so hängt es von der

gung so sehr, daß deren Erfüllung zur Perfection dieser Art von Schenkung gerechnet wird. *L.* 32 *de m. c. don.* (39. 6.). Und zwar ist noch insbesondere nöthig, daß der Geber in einem solchen Zustand sterbe, daß er zur Zeit des Todes über sein Vermögen verfügen könne. Durch eine Kapitalstrafe wird daher diese Schenkung vernichtet, wegen der allgemeinen Confiscation. *L.* 7 *de m. c. don.* (39. 6.), *L.* 32 § 7 *de don. int. vir.* (24. 1.). — Man hat viel unnöthigen Streit darüber geführt, ob in einzelnen Fällen eine so bedingte, oder vielmehr eine gewöhnliche Schenkung zu vermuthen sey; darüber können nicht allgemeine Regeln, sondern nur die Umstände des einzelnen Falles entscheiden. Die Dissertation von Haubold (Note a) behandelt eigentlich dieses Thema.

(i) Diese alte Rechtsformel (vulgo dicitur) kommt vor in *L.* 1 *pr. L.* 35 § 2 *de m. c. don.* (39. 6.), § 1 *J. de don.* (2. 7.). Es scheint sogar, daß sie in die Urkunden über solche Schenkungen aufgenommen worden ist. Interpretatio in Paulum II. 23.

Absicht des Gebers ab, ob der frühere Tod des unmittelbaren Empfängers, oder vielmehr der des Vaters oder Herrn, die Schenkung entkräften soll (k). Was aber den Geber betrifft, so kommen Fälle vor, in welchen dieser die Vollgültigkeit der Schenkung nicht durch seinen eigenen Tod bedingt, sondern durch den Tod eines Dritten; allein diese Fälle haben mit der Schenkung auf den Todesfall nur den Namen gemein; von dem eigenthümlichen, hier dargestellten Rechtsinstitut kann dabey nicht die Rede seyn (l).

Man kann diese Art der Schenkung als ein gemischtes Geschäft bezeichnen; nicht in dem Sinn, wie es oben vorkam, daß hier Schenkung und ein obligatorisches Geschäft gleichzeitig verbunden wären (§ 154), sondern so daß, je nach dem Ausfall der Bedingung, entweder ein reines Geschenk, oder aber eine reine Obligation Statt findet; diese nämlich in den Fällen (welche die gewöhnlichsten sind), worin der Empfänger sogleich Etwas in seinen Besitz bekommen hat. Hier geht die bedingte Obligation auf Rück-

(k) *L.* 23 *L.* 44 *de m. c. don.* (39. 6.). Es scheint, daß man die Rücksicht auf den unmittelbaren Empfänger als das Gewöhnliche ansah.

(l) Solche Fälle kommen vor in *L.* 11 *L.* 18 *pr. de m. c. don.* (39. 6.). Cramer dispunct. p. 72 hat sich durch die Namenähnlichkeit täuschen lassen, sie für wahre m. c. donationes zu halten. Allein das Eigenthümliche dieser letzten besteht darin, daß sie in die Legate hinüber spielen; wie könnte man nun z. B. die Falcidia oder die Capacität auf jene Fälle anwenden wollen? Jene Fälle enthalten gewöhnliche donationes inter vivos, nur unter einer besonderen Bedingung.

gabe des Empfangnen (m). Die Bedingung ſelbſt, welche ſtets die Schenkung entkräften ſoll, iſt das Überleben des Gebers; es kann als zweyte, gleichfalls entkräftende, Bedingung hinzutreten die Abwendung einer beſtimmten, gegenwärtigen Lebensgefahr; es tritt endlich in der Regel noch hinzu, als dritte entkräftende Bedingung, der veränderte Wille des Gebers. Für dieſen iſt keine beſondere Form vorgeſchrieben; jede Offenbarung des veränderten Willens alſo, wie formlos ſie auch ſey, iſt hinreichend die Schenkung zu vernichten, wenn nicht der Geber auf den Widerruf ausdrücklich verzichtet hatte. Wie ſich dieſe verſchiedenen Bedingungen an die einzelnen, die Schenkung vermittlenden, Rechtsgeſchäfte anſchließen, ſoll nunmehr an den wichtigſten derſelben gezeigt werden.

Die häufigſte Art dieſer, wie jeder anderen, Schenkung iſt die, welche durch übertragenes Eigenthum bewirkt wird. Dazu konnte im alten Recht die Mancipation dienen; auch ſteht dem nicht im Wege, daß die Mancipation nicht unter Bedingungen geſtellt werden kann (n), denn für den eigenthümlichen Zweck jener Schenkung genügte es, wenn der an ſich unbedingten Mancipation eine

(m) *L.* 35 § 3 *de m. c. doñ.* (39. 6.). „Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi." *L.* 19 *pr. de reb. cred.* (12. 1.). „.. qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si exstitisset casus in quem obligatio collata fuisset: veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat prior decessisset."

(n) *L.* 77 *de R. J.* (50. 17.).

bedingte Obligation auf Rückgabe hinzugefügt wurde, sey es durch fiducia, oder durch Stipulation, oder durch formlose Willenserklärung, welche zur Begründung einer Condiction völlig ausreichte. Es konnte aber auch geschehen durch Tradition, diese Form war vielleicht schon im alten Recht die häufigste (o), im neuesten Recht ist sie die einzige. Aus einer Stelle des Paulus entsteht der Schein, als wäre die Tradition nicht einmal nöthig gewesen, indem schon der bloße Wille das Eigenthum übertragen hätte (p). Daß dem nicht so seyn kann, erhellt aber zuerst aus den vielen anderen Stellen, welche die Tradition (die ja unter jener Voraussetzung juristisch gleichgültig gewesen wäre) als die gewöhnliche Form dieser Schenkung darstellen, und besonders auch ihre Wirkung, je nach verschiedenen Umständen, genau zu bestimmen suchen; ferner am unwidersprechlichsten aus dem Gesetz Justinians, wel-

(o) Nämlich bey einer nec mancipi res war sie ohnehin die vollkommen passende und zugleich üblichste Form; aber auch bey einer mancipi res konnte sie gebraucht werden, und kam auch gewiß oft vor, bald als bloßer Zusatz noch neben der Mancipation, bald auch allein, da sie das bloße in bonis übertrug, welches aber in kurzer Zeit durch Usucapion in das ex jure quiritium übergieng.

(p) *L.* 1 § 2 *de public.* (6. 2.) (Ulp.). „Sed cur *traditionis* duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nanciscereturu, ut puta legatum?" Daran schließt *L.* 2 *eod.* von Paulus: „Vel mortis causa donationes factae? nam amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur." Durch diesen Zusammenhang wird offenbar angenommen, die m. c. donatio könne an sich auch ohne Tradition, so wie das Legat, Eigenthum geben, also auch, so wie jenes, bey verlornem Besitz die Publiciana begründen.

ches dem formlosen Vertrag, als etwas Neues und Wichtiges, die Kraft einer Klage beylegt, da doch unter jener Voraussetzung von jeher der Beschenkte in demselben Fall das Eigenthum, also sogar eine Vindication gehabt hätte. Ohne Zweifel bezieht sich die Stelle des Paulus auf einen Fall, in welchem die Schenkung durch Mancipation ohne Tradition vollzogen war, der Beschenkte aber nach des Gebers Tod einseitig Besitz ergriffen hatte (q). Nun konnte man sagen, er sey ohne Tradition Eigenthümer geworden; hatte zufällig der Geber das Eigenthum nicht, so war der Beschenkte zur Usucapion, und also auch zur Publiciana, befugt. Die Aufnahme der Stelle in die Digesten geschah dann allerdings gedankenlos, indem sie nur unter Voraussetzung des älteren Rechts befriedigend erklärt werden kann (r).

Gerade bey der Tradition nun ist eine zwiefache Ab-

(q) Das darf er, ohne daß ihm auch nur das Interdict quod legatorum den Besitz wieder entziehen könnte. *L.* 1 § 5 *quod leg.* (43. 3). Der vorhergehende Fall eines Legats ist so zu erklären, daß gleichfalls der Legatar einseitig Besitz ergriff, aber mit dem Willen des Erben. *L.* 1 § 11 *eod.* Dieser Wille macht nicht die Besitzergreifung zu einer Tradition, so lange der Erbe selbst noch keinen Besitz ergriffen hatte. Übrigens dachte allerdings Ulpian an ein vindicationis legatum, da nur dieses unter die juris partes gehörte, quibus dominium quis nanciscitur. Obgleich nun aber das Vindicationslegat, zu seiner völligen Gültigkeit, Römisches Eigenthum des Testators voraussetzte (Ulpian. XXIV. 7), so konnte es doch, auch wo dieses Eigenthum fehlte, eine usucapio pro legato begründen, also auch eine Publiciana.

(r) Etwas anders ist die Sache gewendet bey Hasse Rheinisch. Museum II. 348, dessen Resultat jedoch mit dem meinigen übereinstimmt.

ſicht des Gebers denkbar. Dieſer kann erſtlich ſogleich das Eigenthum übertragen, ſo daß daſſelbe, wenn der Empfänger früher ſtirbt, durch Reſolutivbedingung wieder zurück fallen ſoll. Er kann aber auch umgekehrt an die Übertragung des Beſitzes eine Suspenſivbedingung knüpfen, ſo daß erſt im Augenblick ſeines eigenen früheren Todes das Eigenthum an den Empfänger kommen ſoll (s). Die erſte Einrichtung iſt an ſich die einfachere und natürlichere, und ſie iſt daher im Zweifel anzunehmen, wenn der Geber nicht die zweyte ausdrücklich angeordnet hat, und dieſe Vermuthung wird auch durch die Analogie anderer Rechtsinſtitute beſtätigt (t). Sie bewährt ſich insbeſondere noch durch die Art, wie unter Ehegatten eine ſolche Tradition auf den Todesfall behandelt wird. Hier ſogleich das Eigenthum zu übertragen, iſt wegen des Verbots unmöglich (u), ſo daß hier nur die Suspenſivbedingung eintreten kann. Anſtatt jener unmöglichen augenblicklichen Übertragung kann aber der Geber beſtimmen, daß die durch ſeinen Tod erfüllte Suspenſivbedingung eine retroactive Wirkung haben, das heißt auf den Zeitpunkt der Tradition bezogen werden ſoll, in welchem Fall denn

(s) *L.* 2 *L.* 29 *de m. c. don.* (39. 6.).

(t) Haſſe Rhein. Muſeum II. 328. — Es ſpricht dafür auch die Art des Ausdrucks in *L.* 15 *in f. de manum.* (40. 1.), wo die Tradition mit Suspenſivbedingung augenſcheinlich als die beſondere, minder gewöhnliche Form der m. c. donatio erwähnt wird.

(u) *L.* 11 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.). „Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatae sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit."

alle in der Zwischenzeit eingetretene Veränderungen hiernach beurtheilt werden (v). Ja diese Bestimmung versteht sich in der Regel von selbst (w), so daß vielmehr die entgegengesetzte einer ausdrücklichen Erklärung bedarf. Was aber unter Ehegatten die mortis causa traditio mit retroactiver Wirkung ist, das ist unter Fremden die Tradition mit augenblicklicher Übertragung des Eigenthums. — Auch liegt eine Bestätigung der aufgestellten Vermuthung in dem sicheren Grundsatz, daß die Schenkung auf den Todesfall, wenn der Geber nicht Eigenthümer ist, in der Regel eine Usucapion begründet (x); denn dieser Grundsatz ist nur

(v) *L.* 11 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Sed quod dicitur, mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quae hoc animo fit ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio." (Das heißt: nicht blos diejenige, die selbst unter Fremden den Übergang des Eigenthums absichtlich verzögern würde, sondern auch jede gewöhnliche Schenkung, wobey diese Verzögerung nicht beabsichtigt wird). Nun folgt § 2 die Betrachtung jenes ersten Falls und seiner Folgen: „Quando itaque *non retro agatur* donatio" bis § 9. Am Ende dieses § 9 kehrt Ulpian zu dem zweyten Fall zurück, der Schenkung mit nicht beabsichtigter Verzögerung: „Plane in quibus casibus placeat *retro agi donationem*, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur."

(w) *L.* 40 *de m. c. don.* (39. 6.). „Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta *reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.*" Ganz eben so in *L.* 20 *de don. int. vir.* (24. 1.), worin auch keine besondere, ausdrückliche Bestimmung vorausgesetzt ist, sondern nur eine allgemeine m. c. donatio überhaupt, und dennoch die Rückwirkung behauptet wird. Ausdrücklich sagt dasselbe *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.) von allen Schenkungen unter Ehegatten, die durch den Tod Bestätigung erhalten, also auch von den mortis causa gegebenen.

(x) *L.* 13 *pr. L.* 33 *de m. c. don.* (39. 6.).

unter der Voraussetzung erklärlich, daß der Geber in der Regel die augenblickliche Übertragung des Eigenthums beabsichtigt. — Eben so hatte der Beschenkte, welchem ein Sklave auf den Todesfall geschenkt worden war, die Fähigkeit denselben zu manumittiren (y), welches gleichfalls nur unter Voraussetzung eines ihm schon jetzt übertragenen vollständigen Eigenthums denkbar war.

Außer der Tradition konnte besonders auch die Stipulation dazu gebraucht werden, eine Schenkung auf den Todesfall zu begründen, indem nämlich der Geber irgend eine Sache (am häufigsten eine Geldsumme) mortis causa, das heißt auf den Fall seines eigenen Todes, versprach. Eine solche Stipulation wurde als unzweifelhaft gültig angesehen (z); es bedarf jedoch einer besonderen Erklärung, warum nicht die Römischen Juristen Anstoß daran nahmen, daß diese erst gegen den Erben eingeklagt werden konnte, da sie doch andere Stipulationen dieser Art (post mortem meam) durchaus für ungültig erklärten. Ohne Zweifel betrachtete man es so, daß der Geber verspreche, im letzten Augenblick seines Lebens (cum moriar) Schuldner seyn zu wollen, welches, wie in anderen Fällen (§ 125. e, 126. m), so auch hier, als gültig angesehen wurde (aa).

(y) *L.* 39 *de m. c. don.* (39. 6.).

(z) *L.* 11 *de dote praeleg.* (33. 4.), *L.* 34 *L.* 35 § 7 *de m. c. don.* (39. 6.). Festus v. mortis causa (nach dem Zeugniß des Labeo). Ganz eben so auch eine dos mortis causa promissa (*L.* 76 *de j. dot.* 23. 3.), die ganz ähnliche Natur hat, auch da wo sie nicht selbst eine wahre Schenkung in sich schließt.

(aa) Dafür, daß man es wirklich so ansah, beweisen folgende Stellen. *L.* 76 *de j. dot.* (23.

Nun entsteht aber die Frage, ob hier derselbe Zweck, wie durch die Stipulation, auch durch einen formlosen Vertrag erreicht werden könne, das heißt ob Justinians Gesetz, welches diesem Vertrag gleiche Wirkung mit der Stipulation beylegt, auch für die Schenkung auf den Todesfall gelte, nicht blos für die gewöhnliche Schenkung. Die meisten neueren Schriftsteller verneinen diese Frage, nehmen also an, daß auf den Todesfall im Sinn von Justinian nur durch Stipulation ein bindendes Versprechen gegeben werden könne (bb). Die Gründe für diese Meynung beruhen hauptsächlich auf der Art, wie Justinian seine neue Vorschrift zu rechtfertigen sucht, indem er (auf den häufigsten Fall vorzugsweise Rücksicht nehmend) die Unredlichkeit des Gebers tadelnd hervorhebt, der das

3.). „Si pater mulieris *mortis suae causa* dotem promiserit, valet promissio: nam et si *in tempus quo ipse moreretur* promisisset, obligaretur." Hier werden diese beide Stipulationsformeln als gleichbedeutend angesehen. Eben so hat in *L.* 15 *de manum.* (40. 1.) die mortis causa manumissio (inter amicos) die Folge: „*in extremum tempus manumissoris vitae* confertur libertas." In derselben Stelle wird die mortis causa traditio mit suspensiver Wirkung so bezeichnet: „ut *moriente eo* fieret accipientis," also im letzten Augenblick des Lebens. Ganz dasselbe muß denn auch von der Stipulation gelten, wo es von selbst alle Schwierigkeit löst. Es wird also hier folgende Stipulationsformel gedacht: Cum, me vivo, morieris, centum dare spondes? Und daraus erklärt sich denn zugleich die Aufrechthaltung der Schenkung im Fall des gleichzeitigen Todes (Note g). — Die Art, wie Andere diese Lösung versucht haben, kann ich nicht für befriedigend halten. Haubold opusc. I. 459, Hasse Rhein. Museum II. 327.

(bb) Haubold opusc. I. 462, Schröter Zeitschrift II. 132, Hasse Rhein. Museum II. 310 Note 116.

gegebene Versprechen wegen der fehlenden Förmlichkeit zu umgehen sucht. Dieser Grund paßt nicht auf die mortis causa donatio, in welcher der Geber gewöhnlich den willkührlichen Widerruf vorbehält. Allein die Beschränkung eines Gesetzes aus seinem Grunde ist überhaupt verwerflich, wenn nicht eine innere Verschiedenheit zwischen dem Gedanken und Ausdruck nachgewiesen werden kann (§ 37. 50). Im vorliegenden Fall aber ist das Gesetz allgemein auf alle donationes gerichtet, unter welche Gattung die einzelne Art der mortis causa donatio unzweifelhaft gehört (Note b), so daß die Worte des Gesetzes jener Beschränkung entgegen sind. Auch liegt in der besonderen Natur unsrer Schenkung kein Grund zur Annahme, daß sie in dem Gedanken des Gesetzgebers nicht gelegen haben könne. Denn wenn es gestattet ist (wie Alle zugeben), durch formlosen Vertrag eine gewöhnliche Schenkung zu begründen, so hat dieses noch weniger Bedenken bey der m. c. donatio, die dem Geber, theils wegen der Bedingung des Todes, theils wegen des vorbehaltenen Widerrufs, weniger gefährlich ist als jene. — Übrigens scheint mir diese Streitfrage von sehr unerheblichem Interesse zu seyn, da sie eben nur auf den ursprünglichen Sinn des Justinianischen Gesetzes beschränkt ist, auf das heutige Recht aber unmöglich Einfluß haben kann. Denn Niemand zweifelt, daß im heutigen Recht der formlose Vertrag überall an die Stelle der Stipulation trete. Da nun gleichfalls anerkannt wird, daß im Sinn von Justi-

nian die Stipulation zur Schenkung auf den Todesfall genüge, so müssen wir dasselbe jetzt für den formlosen Vertrag behaupten, ja wir wären dazu genöthigt, selbst wenn Justinian niemals eine neue Verordnung über die formlosen Verträge bey Schenkungen erlassen hätte.

Endlich kann auch eine Liberation zur mortis causa donatio benutzt werden, sobald sie durch Acceptilation, oder formlosen Vertrag, die Natur eines Rechtsgeschäfts angenommen hat. Die Stellen, worin sie auch ohne Acceptation, z. B. durch bloßen Brief oder Auftrag, als gültig anerkannt scheint, müssen von Fideicommissen erklärt werden, welche im früheren Recht durch ganz formlosen Willen begründet werden konnten (cc); im neuesten Recht würden sie zu ihrer Aufrechthaltung der Codicillarform bedürfen.

In diesem Zusammenhang muß noch ein merkwürdiger Fall erwähnt werden, der nicht unter den Begriff der

(cc) So soll nach *L.* 28 *de m. c. don.* (39. 6.) der Brief des Glaubigers an den Schuldner, worin er ihm, in der Absicht einer m. c. donatio, Liberation ankündigt, diesem Schuldner eine doli exceptio geben. In *L.* 18 § 2 *eod.* giebt die Glaubigerin, zum Zweck einer m. c. donatio, Schuldscheine an einen Dritten mit dem Auftrag, sie im Fall ihres Todes den Schuldnern einzuhändigen, welches auch geschieht; nun heißt es von der Erbin: „*vel* pacti conventi, *vel* doli mali exceptione summoveri posse." Nämlich pacti, im Fall die Schuldner acceptirt hatten, außerdem doli, wegen eines Fideicommisses. Irrig also würden diese Stellen zum Beweise der falschen Meynung angeführt werden, nach welcher jeder Erlaß, auch ohne Acceptation, als Schenkung gelten soll (§ 158. h). Daß aber Absicht und Ausdruck einer m. c. donatio zu einem Fideicommiß hinreichen konnte, ist auch aus anderen Stellen gewiß (§ 172. g).

m. c. donatio gehört, wohl aber derselben nahe verwandt ist: die mortis causa manumissio. Bey einer gegenwärtigen, vorübergehenden Lebensgefahr konnte diese nicht vorkommen, wohl aber in der allgemeinen Erwartung des Todes, und dann hatte sie die Wirkung, daß der wirkliche Anfang und Genuß der Freyheit bis zum Tode des Herrn aufgeschoben wurde (dd).

§. 171.

V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Schenkung auf den Todesfall. (Fortsetzung.)

Die eigenthümliche Wirkung dieser Art der Schenkung zeigt sich, im Fall der vereitelten Bedingung, in den Rechtsmitteln, wodurch der Geber das Geschenk wieder fordert; diese sollen nunmehr mit ihren Folgen dargestellt werden. Es kommen hier drey Rechtsmittel in Betracht: Vindication, Condiction, und actio praescriptis verbis.

Die Vindication kann nur gebraucht werden, wenn die Sache überhaupt noch vorhanden ist: dann aber ohne Unterschied, ob der Empfänger oder ein Dritter sie besitzt. Sie galt von jeher, und unbestritten, wenn unter einer Suspensivbedingung tradirt (§ 170), also das Eigenthum noch gar nicht aus dem Vermögen des Gebers gekommen war (a). Dann aber wurde sie auch im Fall

(dd) *L.* 15 *de manumiss.* (40. 1.), eine Stelle die wegen der deutlichen Unterscheidung der manumissio per vindictam und inter amicos, die hierin beide von gleicher Wirkung seyn sollen, merkwürdig ist.

(a) *L.* 29 *de m. c. don.* (39.

des unter Reſolutivbedingung gleich Anfangs übertragenen Eigenthums zugelaſſen, und dieſer ausgedehntere Gebrauch kann als die vollſtändigere Entwicklung des Rechtsinſtituts angeſehen werden (b).

Die Condiction gründet ſich darauf, daß Etwas gegeben war, damit der Empfänger es habe und genieße nach dem früher eintretenden Tod des Gebers; wurde dieſer Zweck vereitelt, ſo hatte nach allgemeinen Grundſätzen der Geber die condictio ob causam datorum, und über das Recht zu derſelben war kein Streit, ſo ſehr auch ſonſt die Meynungen der alten Juriſten über die m. c. donatio aus einander giengen (c). Sie iſt anwendbar, da wo überhaupt keine Sache Gegenſtand der Schenkung war, ſondern die Bereicherung auf andere Weiſe, etwa durch Delegation oder Acceptilation, bewirkt wurde. Ferner

6.) (von Ulpian): „.. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, *sine dubio donator poterit rem vindicare*: mortuo eo (alſo wenn die Bedingung erfüllt wird), tunc is cui donatum est."

(b) *L.* 29 *de m. c. don.* (39. 6.), unmittelbar nach den in Note a abgedruckten Worten: „Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de proelio vel peregre redisset: *potest defendi, in rem competere donatori*, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, *adhuc quis dubit in rem donatori*." Die beiden hier unterſchiedenen Fälle beziehen ſich auf die zwey verſchiedenen, bey der m. c. donatio vorkommenden, Bedingungen (§ 170. c. d). Für beide wird gleichmäßig die Vindication zwar behauptet, aber als etwas nicht allgemein und von jeher Anerkanntes, hierin alſo verſchieden von dem Fall der Suspenſivbedingung (Note a).

(c) *L.* 35 § 3 *de m. c. don.* (39. 6.). „.. Nec dubitaverunt Cassiani quin *condictione* repeti possit, *quasi re non secuta* ..."

wenn die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden, z. B. das Geld ausgegeben war. Endlich auch, und ganz vorzüglich, im Fall des unter Resolutivbedingung gleich Anfangs übertragenen Eigenthums, nämlich vom Standpunkt Derjenigen aus, welche für diesen Fall die unmittelbar zurückkehrende Vindication (Note b) noch nicht anerkennen wollten (d). Da wir dieselbe jetzt anzunehmen haben, so muß uns für diesen Fall die Condiction als wegfallend erscheinen, indem sie durch die vortheilhaftere Vindication ersetzt ist, und beide Klagen überhaupt in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen.

Die actio praescriptis verbis endlich gründet sich auf den in jener Schenkung unläugbar enthaltenen Vertrag, den Innominatcontract do ut reddas, dessen allge-

(d) Diese Anwendung der Condiction, die consequenterweise nur möglich ist wenn man der Vindication eine geringere Ausdehnung zuschreibt (Note b), findet sich in folgenden Stellen: *L.* 52 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.) von Papinian: „ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est: nam *quo casu inter exteros condictio nascitur* (welches also in unsrem Fall angenommen wird), inter maritos nihil agitur." — Ferner Paulus in *L.* 12 *de cond. causa data* (12. 4.). „Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, *condicit*, fructus quoque donatarum rerum, et partus, et quod adcrevit rei donatae, repetere potest." — Eben so derselbe Paulus in *L.* 38 § 3 *de usuris* (22. 1.). „Idemque est (nämlich fructus repetere debere), si mortis causa *fundus sit donatus*, et revaluerit qui donavit, *atque ita condictio nascatur*." Hier ist nicht etwa von dem Verhältniß eines älteren und neueren Juristen die Rede, sondern Paulus bleibt noch bey dem Buchstaben des älteren Rechts stehen, der gleichzeitige Ulpian drückt die vollständigere Entwicklung des Rechtsinstituts aus, und diese haben wir daher als den Ausspruch der Justinianischen Gesetzgebung anzusehen.

mein anerkannte Wirkſamkeit (e) ſich hier ſo gut, wie in anderen Fällen der Anwendung, äußeren muß. Auch iſt in der That dieſe Klage für die Rückforderung des Geſchenks anerkannt (f).

Über die beſonderen Wirkungen dieſer Klagen iſt noch Folgendes zu bemerken. Iſt die tradirte Sache untergegangen durch die freye Handlung des Empfängers, ſo muß dieſer in jedem Fall dafür einſtehen, und er wird nicht, wie der beſchenkte Ehegatte, durch die Conſumtion befreyt. Hat er alſo die Sache vernichtet, verzehrt, verſchwendet, ſo muß er ihren Werth bezahlen, indem er ſich weſentlich außer Stand ſetzte den Vertrag auf Rückgabe zu erfüllen (g). Iſt die Sache verkauft, ſo hat der Geber die Wahl, durch die Condiction den erlöſten Kaufpreis, oder den wahren Werth, einzufordern (h). Iſt die

(e) *L.* 5 *pr.* § 1 *de praescr. verbis* (19 5.).

(f) *L.* 30 *de m. c. don.* (39. 6.). „Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem *vel utilem actionem* habet." — *L.* 18 § 1 *eod.* „.. nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione, *aut in factum actione*, debitoris obligationem dumtaxat recipere." Es iſt hier die actio in factum civilis, oder praescriptis verbis, gemeynt.

(g) *L.* 39 *de m. c. don.* (29. 6.). „Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi: *quoniam scit posse sibi condici*, si convaluerit donator."

(h) *L.* 37 § 1 *de m. c. don.* (39. 6.). „.. si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit ... pretii condictionem donator habebit, si convaluisset, et hoc donator elegerit: alioquin et ipsum servum restituere compellitur." Pretium iſt hier der wirklich eingenommene Kaufpreis, ipsum servum restituere heißt die richterliche Schätzung des Sklaven bezahlen. Geſchah der Verkauf unter dem wahren Werth, ſo lag darin eine partielle Verſchwendung, worun-

Sache durch des Empfängers Culpa beschädigt, zerstört, gestohlen worden, so muß er dafür einstehen nach den allgemeinen Grundsätzen der actio praescriptis verbis (i), die für diesen Fall wichtig ist, weil die Condiction auf Ersatz der Culpa nicht gerichtet werden kann. — Trug die geschenkte Sache in der Zwischenzeit Früchte, so muß der Empfänger dieselben herausgeben oder in Geld vergüten. Dieser wichtige Satz wird anerkannt selbst für die Condiction, also für das vollständig übertragene Eigenthum (k); er muß also um so unzweifelhafter gelten für die Vindication, und namentlich für den Fall der Tradition unter Suspensivbedingung. — Hat der Empfänger Kosten auf die Sache verwendet, so kann er deren Ersatz durch doli exceptio bewirken (l).

War die Schenkung durch eine bloße Stipulation bewirkt, oder geschah sie durch Delegation, so hat in beiden Fällen der Geber eine Condiction auf die erlangte Bereicherung (m); im zweyten Fall kann der Empfänger die

ter der Geber nicht leiden soll, darum die Wahl. Der Gewinn durch höheren Kaufpreis gebührt gleichfalls dem Geber.

(i) *L.* 17 § 1. 2. 4 *de praescr. verbis* (19. 5.).

(k) *L.* 12 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 38 § 3 *de usuris* (22. 1.), s. o. Note d.

(l) *L.* 14 *de m. c. don.* (39. 6.).

(m) *L.* 76 *de jure dot.* (23. 3.), *L.* 52 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.). „.. defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur ... *nam quo casu inter exteros condictio nascitur,* inter maritos nihil agitur." Also in der Regel entsteht eine Condiction, und nur in dem hier abgehandelten besonderen Fall, da die Schenkung zugleich unter Ehegatten vorfiel, wird die Stipulation von selbst nichtig. (Vergl. § 157. s[1], und Beylage X. Num. III. a). — Man könnte fragen, warum die vereitelte Bedingung nur eine Con-

ihm verschaffte Forderung zurück übertragen; hat er sie eincassirt, und wegen Insolvenz des Schuldners nur theilweise, so zahlt er nur das zurück, was er wirklich erhielt (n). — Bestand die Schenkung in einer Acceptilation, so geht die Condiction stets auf den vollen Nennwerth, auch wenn der Empfänger insolvent war (o).

Alle für die Schenkung auf den Todesfall bisher aufgestellte Regeln beruhen durchaus auf der Natur eines Vertrags, also eines unter Lebenden vorgehenden Rechtsgeschäfts; von der Natur eines letzten Willens war darin Nichts wahrzunehmen. Diese Grundverschiedenheit von dem letzten Willen zeigt sich nun auch in folgenden Stükken. Für das ältere Recht schon darin, daß eine solche Schenkung auch von demjenigen gegeben werden konnte, der kein Testament machte (p), anstatt daß Erbeinsetzungen und Legate nur in einem Testament gültig waren; späterhin, als Fideicommisse anerkannt wurden, lag hierin ein unterscheidender Character nicht mehr. Dagegen ist noch jetzt der Unterschied übrig geblieben, daß die Gültig-

diction begründe, nicht die Stipulation selbst vernichte? Wäre die Bedingung (des früheren Todes) wörtlich ausgedrückt, so würde gewiß die Stipulation ipso jure zerfallen; die eingeschalteten Worte mortis causa reichten dazu nicht aus, wohl aber zur Begründung einer condictio ob causam datorum.

(n) *L.* 18 § 1 *L.* 31 § 3 *de m. c. don.* (39. 6.).

(o) *L.* 18 § 1 *L.* 31 § 1. 3. 4 *de m. c. don.* (39. 6.). Eben so ist es selbst dann, wenn der Schuldner, in Ermanglung der Acceptilation, ohnehin eine Befreyung durch Zeitablauf erhalten hätte. *L.* 21 *eod.*

(p) *L.* 25 *pr. de m. c. don.* (39. 6.).

keit jener Schenkung unabhängig ist von dem Daseyn eines Erben; sie bleibt bestehen auch wenn das Vermögen erblos wird, anstatt daß Legate und Fideicommisse nur Gültigkeit haben können, insofern sie sich auf ein wirklich erworbenes Erbrecht beziehen (q). — Ferner ist diese Schenkung ganz sicher auch unter solchen Personen möglich, denen das Recht der testamentifactio fehlt. Am unzweydeutigsten zeigt sich dieses bey den Peregrinen, welchen dieses Recht entschieden abgeht (r). Hatte nun ein Peregrine einem andern auf den Todesfall eine Sache tradirt, oder durch Stipulation Etwas versprochen, so ist es eben so unzweifelhaft, daß der Beschenkte Eigenthum oder eine Forderung erwarb (s), als daß das erworbene Recht mit der beschränkenden Bedingung des früheren Todes behaftet war, welche allein das besondere Wesen dieser Schenkungsart ausmacht. Die Misverständnisse neuerer Schriftsteller über diesen Punkt gründen sich theils auf die Verwechslung der testamentifactio mit der völlig verschiedenen Capacität (von welcher sogleich die Rede seyn wird), theils darauf daß die Römer selbst die technische Bedeutung des Wortes testamentifactio (t) nicht immer strenge

(q) Hasse Rhein. Museum II. 346.

(r) Ulpian. XXII. 2.

(s) Über die Fähigkeit der Peregrinen zum Eigenthum (nur nicht ex jure Quiritium) vergl. Gajus II. § 40; zu Stipulationen (nur nicht mit spondes? spondeo) Gajus III. § 93.

(t) Am reinsten ist der Sprachgebrauch bey Ulpian. XX. § 2. 8. 10. 14. XXII. § 3. Von Gajus können wir nicht sicher urtheilen, da die Hauptstelle lückenhaft ist. In manchen anderen Stellen wird das Wort gebraucht für das Recht ein Testament zu machen, welches Recht aber noch

genug fest halten (u).

Allein es ist schon oben bemerkt worden, daß diese Art der Schenkung in ihrem Zweck und Erfolg den Legaten verwandt ist (§ 170). Sobald nun die Legate positiven Einschränkungen unterworfen wurden, konnten die Schenkungen auf den Todesfall dazu misbraucht werden, solche Einschränkungen zu umgehen. Dieses gab Veranlassung, mehrere für die Legate geltende beschränkende Regeln auch auf jene Schenkungen anzuwenden. Wie weit man hierin gehen solle, war unter den alten Juristen streitig; wir kennen jedoch den Umfang ihres Streites nicht. Justinian hat sich für die ausgedehntere Gleichstellung ausgesprochen, und zwar in Ausdrücken, die von Manchen unsrer Schrift-

manche andere Bedingungen, außer der testamentifactio, hat; so z. B. hat ein filiusfamilias und ein Latinus Junianus die testamentifactio, dennoch können Beide kein Testamrnt machen. Ulpian. l. c. Die eigentliche testamentifactio ist gleichbedeutend mit commercium, das heißt Mancipationsfähigkeit.

(u) So sagt *L.* 7 § 6 *de don.* (39. 5.), filiifamilias die ein castrense peculium haben, könnten mortis causa schenken „cum testamentifactionem habeant," das heißt: da sie sogar ein Testament darüber machen können; die eigentliche testamentifactio haben sie auch ohne castrense peculium (Note t). — *L.* 32 § 8 *de don. int. vir.* (24. 1.) „nam et m. c. donare poterit *cui testari permissum est.*" Hier ist von einem verurtheilten Soldaten die Rede, dem aus Gnade die Verfügung über sein Vermögen gestattet wird; das hat mit dem regelmäßigen Recht keinen Zusammenhang. — *L.* 1 § 1 *de tutelae* (27. 3.) „sicuti testamentifactio .. pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt." Hier heißt wieder testamentifactio die Fähigkeit ein Testament zu machen, welche dem Pupillen wegen des Alters fehlt; aus demselben Grunde ist er unfähig auch zu jeder andern Veräußerung, die doch gewiß nicht mit testamentifactio zusammen hängt.

steller so verstanden worden sind, als hätte er jene Schenkung als ein eigenthümliches Rechtsinstitut dadurch ganz aufgehoben, daß er sie mit den Legaten völlig verschmolzen hätte (v). Diese wichtige Streitfrage ist nun vollständig zu untersuchen.

§. 172.

V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Schenkung auf den Todesfall. (Fortsetzung.)

Die Gleichstellung dieser Art der Schenkung mit den Legaten kann in einem doppelten Sinn aufgefaßt werden: von Seiten der äußeren Form, oder der anzuwendenden Rechtsregeln. Der Streit der alten Juristen betraf, so viel wir wissen, nur den zweyten Punkt: Justinian spricht von beiden, und wir müssen daher den Sinn seiner Vorschrift nach beiden Seiten feststellen.

Zuerst von der äußeren Form. Seitdem die Insinuation, erst aller, dann der großen Schenkungen vorgeschrieben war, konnte man fragen, ob dieselbe auch für die Schenkung auf den Todesfall nöthig sey. Justinian entscheidet, sie sey nicht durchaus nöthig, sondern es könne sie Jeder dadurch entbehrlich machen, daß er Fünf Zeugen zuziehe, wodurch jede Schenkung dieser Art vollgültig werde. Ich sehe in dieser einfachen Bestimmung nur fol-

(v) *L.* 4 *C. de don. causa mortis* (8. 57.), § 1 *J. de don.* (2. 7.), *Nov.* 87 *pr.*

gende Vorschrift: Jeder, der auf den Todesfall schenken will, hat die Wahl, dafür entweder die alte Form einer Schenkung, oder aber die Form eines Codicills anzuwenden. Im ersten Fall ist dazu, wenn der Werth mehr als 500 Solidi beträgt, die Insinuation erforderlich; im zweyten Fall, ohne Unterschied des Werths, die Zuziehung von Fünf Zeugen wie bey jedem Codicill. — Diese Bestimmung ist jedoch auf zweyerley Weise misverstanden worden. Erstlich haben Manche angenommen, Justinian habe hierin die hergebrachte Form der Schenkung ganz abschaffen, und nur allein die Form der Fünf Zeugen gelten lassen wollen. Daraus würde folgen, daß es überhaupt keine Schenkungen auf den Todesfall mehr gebe, sondern nur noch Legate, bey welchen blos als untergeordnete Modification der Umstand vorkäme, daß zuweilen der Gegenstand des Legats noch bey Lebzeiten des Erblassers dem Legatar eingehändigt würde. Zu dieser Annahme kann man verleitet werden, wenn man blos die Einleitungsworte des Justinianischen Gesetzes liest. Die Verordnung selbst enthält nur eine Erleichterung für den Geber, nicht (wie es nach jener Annahme seyn würde) eine Beschränkung der bis dahin möglichen Formen der Zuwendung; es wird nur gesagt, der Geber solle selbst bey großen Schenkungen die Insinuation *vermeiden* können (durch Zuziehung von Fünf Zeugen), wobey es ihm also unbenommen bleibt, wenn er es vorzieht, mit Insinuation eine große Schenkung vorzunehmen, oder selbst formlos zu

schenken, wenn der Werth 500 Solidi nicht übersteigt (a). Es ist einleuchtend, welche Inconsequenz dem Gesetzgeber durch die entgegengesetzte Meynung aufgebürdet wird. Wenn 300 Solidi durch bloße Tradition, oder 800 durch Tradition mit Insinuation mortis causa geschenkt werden (also ohne Fünf Zeugen), so wäre Das nach jener Meynung ungültig. Allein Niemand bezweifelt, daß unter gleichen Voraussetzungen eine Schenkung unter Lebenden vollgültig seyn würde. Es müßte also dieselbe Form zur Bestätigung des gefährlicheren, bedenklicheren Geschäfts hinreichen, die für das minder gefährliche und bedenkliche ungenügend seyn würde. — Ein zweytes Misverständniß geht dahin, die Fünf Zeugen seyen eine ganz specielle Form für die Schenkung auf den Todesfall, ohne Zusammenhang mit der allgemeinen Form der Codicille, deren übrige Bestimmungen daher auch hier nicht angewendet werden dürften (b). Eine solche Isolirung positiver Formen ist schon an sich sehr bedenklich, da wo die Zurückführung einer neu vorgeschriebenen, und nur kurz angedeuteten Form, auf eine schon bekannte, nahe liegt. Hier aber treten noch folgende besondere Gründe ein, die nur kurz erwähnten Fünf Zeugen für nichts Anderes zu halten, als für die

(a) Die hier widerlegte Meynung findet sich, unter neueren Schriftstellern, bey Müller §27. 28, und bey Wiederhold S. 107—117. Die richtige Meynung ist ausführlich und gründlich dargestellt von Schröter S. 133 fg.

(b) Dieses zweyte Misverständniß findet sich bey Schröter S. 144. 150. Dagegen hat sich erklärt Hasse Rhein. Museum III. 410.

reine und ganze Codicillarform. Seit langer Zeit bestand die allgemeine Regel, Legate und Fideicommisse könnten nur in Codicillen, und zwar vor Fünf Zeugen, errichtet werden (c). In dem Justinianischen Gesetz nun wird im Eingang eine Annäherung der mortis causa donatio an die Legate ausgesprochen, und daran die Vorschrift geknüpft, nach welcher Fünf Zeugen jede andere Form entbehrlich machen sollen. Was ist wohl natürlicher, als diese Fünf Zeugen für die kurze Bezeichnung der Codicillarform zu halten, wodurch ja eben Legate regelmäßig ihre Gültigkeit erhalten? Hätte etwa Justinian bey dieser Gelegenheit alles Dasjenige wiederholen sollen, was an anderen Orten seiner Rechtsbücher über die Form der Codicille ausgesprochen ist? Es kommt hinzu, daß kurz zuvor der Kaiser für die großen Schenkungen unter Ehegatten bestimmt hatte, sie könnten nicht durch den Tod allein bestätigt werden, sondern nur entweder durch Insinuation, oder durch suprema voluntas (d); dieses letzte aber heißt: entweder durch Testament, oder durch Codicill. Was er nun hier als suprema voluntas, alternativ neben der Insinuation, ausdrückt, bezeichnet er in jenem Gesetz durch die Fünf Zeugen; beide Bestimmungen sind in Worten verschieden, in der Sache übereinstimmend, und erläutern sich wechselseitig. — Betrachtet man aus diesen Gründen die Fünf Zeugen lediglich als die kurze Verwei-

(c) *L.* 8 § 3 *C. de codicillis* (6. 36.).

(d) *L.* 25 *C. de don. int. vir.* (5. 16.).

sung auf die sonst schon bekannte Codicillarform, so folgt daraus consequenterweise, daß die Fünf Zeugen auch durch jede privilegirte Codicillarform ersetzt werden können, namentlich durch den mündlichen Auftrag an den gerade gegenwärtigen Erben (e). Wollte man auch (nach der hier widerlegten Ansicht) läugnen, daß auf diese Weise eine gültige mortis causa donatio zu Stande kommen könne (wegen der fehlenden Fünf Zeugen), so müßte man dennoch ein gültiges Fideicommiß zugeben, des Inhalts, daß der Erbe alles Das geschehen lasse und bewirke, was in der beabsichtigten mortis causa donatio enthalten war; dann ist aber der praktische Erfolg genau derselbe, wie wenn diese unmittelbar eine rechtsgültige Bestätigung erhalten hätte. Ja selbst wenn der Erblasser in einem (förmlichen oder privilegirten) Codicill sagt: „ich schenke hierdurch dem Titius auf den Todesfall 1000," so ist dieses zwar als Schenkung ungültig, da die Acceptation fehlt, also überhaupt Nichts geschehen ist, was zur Perfection einer solchen gehört; dennoch muß es als Legat oder Fideicommiß gelten (f), da die Absicht des Erblassers unzweifelhaft ist, das Justinianische Recht aber, seinem Buchstaben und Geist nach, die angewendeten Ausdrücke für ganz gleichgültig erklärt (g).

(e) Dieses bestreitet Schröter S. 150.

(f) Auch dagegen erklärt sich Schröter S. 146.

(g) *L.* 21 *C. de legatis* (6. 37.), *L.* 1. 2 *C. communia de leg.* (6. 43.), besonders auch § 2. 3 *J. de leg.* (2. 20.). — Im älteren Recht legte man großes Gewicht auf die Ausdrücke, selbst bey den an sich

Ferner ist das materielle Verhältniß der Schenkung auf den Todesfall zu den Legaten zu bestimmen; die Gleichheit oder Ungleichheit der auf beide anzuwendenden Rechtsregeln. Einiges hatten hierüber schon die Kaiser bestimmt; wie weit man hierin überhaupt gehen solle, war unter den Juristen streitig; so fand die Sache Justinian. Er entschied sich für die Meynung Derjenigen unter den alten Juristen, welche den höheren Grad der Gleichstellung vertheidigten, und sprach diesen seinen Willen auf zwiefache Weise aus. Erstlich indem er in die Digesten nur die Stellen der von ihm gebilligten Partey der alten Juristen aufnahm, die der Gegenpartey wegließ; Zweytens indem er im Coder und in den Institutionen die höhere Gleichheit als allgemeines Resultat aussprach (h). Die Rechts-

formlosen Fideicommissen (Ulpian. XXV. 2). Dennoch wurden, selbst damals, ähnliche Fälle wie der hier beschriebene als Fideicommisse aufrecht erhalten; dono galt für fideicommitto. *L.* 75 *pr. L.* 77 § 26 *de leg.* 2 (31. un.) (§ 170. cc).

(h) Die unbefangene Betrachtung der Stellen selbst setzt diese Erklärung außer Zweifel. Die *L.* 4 *C. de don. causa mortis* (8. 57.) geht aus von der Bemerkung, die alten Juristen seyen im Streit gewesen, ob jene Schenkungen die Natur der Legate oder vielmehr der Schenkungen unter Lebenden hätten. Daran knüpft Justinian lediglich die Entscheidung, die Insinuation sey dazu niemals unentbehrlich, sondern es könne Jeder, anstatt derselben, Fünf Zeugen zuziehen. — § 1 *J. de don.* (2. 7.) sagt zuerst: „Hae m. c. donationes ad exemplum legatorum redactae sunt *per omnia*," welches gefährlich genug aussieht. Dann fährt aber die Stelle fort: die alten Juristen seyen darüber im Streit gewesen; und nun folgt: „a nobis constitutum est, ut *per omnia* FERE legatis connumeretur." Daraus geht dieser Sinn im Ganzen hervor: Wir haben in allen, unter den alten Juristen streitigen, Fragen für die Gleichheit entschieden, so daß daraus in den meisten und wichtigsten Punkten über-

bücher erläutern sich also hierin gegenseitig; die unbestimmte Gleichstellung des Coder und der Institutionen erhält durch die Digesten ihren bestimmten Inhalt und ihre Gränzen. Dagegen haben sich Viele durch die Form unsrer Rechtsbücher zu der irrigen Meynung verleiten lassen, als enthielten die Digesten blos eine anfangende, partielle Gleichstellung, die dann im Coder in eine absolute verwandelt worden wäre. Geht man nun von dem hier aufgestellten Grundsatz aus, so folgt daraus, daß die Gleichheit nur in den einzelnen Fällen behauptet werden darf, worin sie durch die Digesten und durch frühere Kaiserconstitutionen anerkannt ist; und dieses Resultat wird noch dadurch bestätigt, daß in unsren Rechtsquellen mehrere fortwährende Verschiedenheiten ausdrücklich anerkannt sind (i). — Es sind daher jetzt die einzelnen Beziehungen selbst darzustellen, worin jene Schenkungen den Legaten in der That gleichgestellt worden sind.

§. 173.

V. Schenkung. — Besondere Arten. 1. Schenkung auf den Todesfall. (Fortsetzung.)

Der älteste Fall, wie es scheint, worin diese Schenkungen den Legaten gleichgestellt wurden, war der der

haupt (fere) wirkliche Gleichheit hervorgegangen ist. — Die *Nov.* 87 *pr.* erwähnt die Gleichstellung in eben so unbestimmter Allgemeinheit, wie es in den ersten Worten der oben angeführten Institutionenstelle geschieht.

(i) Die richtige Meynung ist ausführlich vertheidigt von Schröter S. 139 fg. Derselbe hat die fortdauernden Verschiedenheiten zusammengestellt S. 116 fg.

Incapacität. Nämlich der Eheloſe ſollte nach der Lex Julia die ihm hinterlaſſenen Erbſchaften oder Legate gar nicht, der Kinderloſe nur zur Hälfte erwerben können; da nun Nichts leichter war, als dieſes Verbot unter der Form eines Fideicommiſſes zu umgehen, ſo wurde daſſelbe durch das Sc. Pegasianum auf die Fideicommiſſe erſtreckt (a). Eben ſo nahe aber lag die Umgehung durch eine mortis causa donatio, daher wurde durch einen Senatsſchluß auch auf dieſe das Verbot ausgedehnt (b); darin lag die erſte künſtliche Gleichſtellung mit den Legaten. Eben dieſe Gleichheit aber forderte, daß bey der Beurtheilung dieſer Unfähigkeit nicht auf den Zuſtand zur Zeit des gegebenen Geſchenks geſehen werden durfte, ſondern zur Todeszeit des Gebers (c). Oder, um es genauer auszudrücken, die Schenkung war von dieſer Seite vollgültig, wenn der Be-

(a) Gajus II. § 286. — Auch der Latinus Junianus hatte Incapacität nach der Lex Junia (Gajus I. § 23, II. § 275. Ulpian. XXII. § 3); da aber hier kein ſolcher politiſcher Grund, wie bey dem Cölibat, vorhanden war, ſo wurde die Ausdehnung auf die Fideicommiſſe nicht nöthig gefunden. Gajus II. § 275, Ulpian. XXV. § 7.

(b) *L.* 35 *pr. de m. c. don.* (39. 6). Vgl. *L.* 9. 10. 33 *eod.* Daraus erklärt ſich auch die ſcheinbar allgemeine *L.* 37 *pr. eod.* „Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.“ Die Stelle iſt aus einem Commentar des Ulpian zur Lex Julia genommen, enthält alſo blos die auf die Incapacität des coelebs und orbus bezügliche Gleichſtellung. — Es iſt merkwürdig, daß die Ausdehnung der Incapacität auf die m. c. donatio auch den Latinus Junianus mit umfaßte (Fragm. Vat. § 259), auf welchen die Incapacität zu Fideicommiſſen nicht bezogen wurde (Note a).

(c) *L.* 22 *de m. c. don.* (39. 6.).

schenkte entweder zur Zeit des Todes, oder auch nur in den ersten Hundert Tagen nachher, in der Ehe lebte und Kinder hatte (d). — Justinian hat diese Folgen der Orbität und des Cölibats in allen ihren Anwendungen allgemein aufgehoben (e), und es ist als bloße Gedankenlosigkeit zu betrachten, daß man die Erwähnung derselben bey der mortis causa donatio in die Digesten aufgenommen hat, wenn wir nicht etwa annehmen wollen, daß die Compilatoren bey dieser Aufnahme an die Kaisergesetze gedacht haben, welche den Ketzern und Abtrünnigen den Erwerb nicht nur von Erbschaften, sondern auch von Schenkungen, untersagen (§ 84). Für das heutige Recht würde auch diese Anwendung wegfallen.

Eine zweyte Gleichstellung betrifft die Falcidische Quart. Die Lex Falcidia selbst gestattete dem Testamentserben, den auf ihn angewiesenen Legataren nöthigenfalls so viel abzuziehen, daß ihm der vierte Theil seiner Erbportion als reiner Gewinn übrig bliebe. Das Sc. Pegasianum erstreckte diese Einschränkung auf Fideicommisse (sowohl der Erbschaft, als einzelner Sachen) (f). Pius dehnte sie weiter aus auf solche Fideicommisse, die einem Intestaterben auferlegt waren (g). Hieran schloß sich die

(d) Ulpian. XVII. § 1, XXII. § 3.

(e) *L. un.* § 14 *C. de cad. toll.* (6. 51.).

(f) Gajus II. § 254, § 5 *J. de fideic. hered.* (2. 23.).

(g) *L.* 18 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.). — Nur von Fideicommissen, nicht von Legaten konnte dabey die Rede seyn, indem nach dem älteren Recht Legate nur entweder in Testamenten, oder in codicillis testamento confirmatis gegeben werden konnten, bey In-

Constitution von Severus, welche einer gleichen Beschränkung auch die Schenkungen auf den Todesfall unterwarf (h); dadurch war also der testamentarische, wie der Intestaterbe, berechtigt worden, in die Masse der Erbschaft, woraus seine Erbportion und deren Quart berechnet werden sollte, auch jene Schenkungen mit herein zu ziehen, und den Abzug auf sie eben so, wie auf Legate und Fideicommisse, zu richten. Es war dann eine bloße Entwicklung dieses Rechtssatzes, daß man auch die durch den Tod bestätigten Schenkungen unter Ehegatten demselben Abzug unterwarf (i), indem diese überhaupt als mortis causa donationes angesehen wurden (§ 164).

Der Falcidischen Quart liegt zum Grunde eine höhere, gar nicht aus positiven Vorschriften abzuleitende, Regel, daß nämlich ipso jure nichtig sind alle Legate und Fideicommisse, soweit sie den Werth der Erbschaft selbst übersteigen (k). Diese Regel hatte auf m. c. donationes keine Anwendung, so lange man dieselben als außer den Gränstaterben also überhaupt unmöglich waren.

(h) *L.* 5 *C. ad L. Falc.* (6. 50), *L.* 2 *C. de don. causa mortis* (8. 57.). Mit Beziehung auf diese (damals neue) Constitution setzt Papinian das jus antiquum der constitutio entgegen. *L.* 42 § 1 *de m. c. don.* (39. 6.). — Erwähnungen und Anwendungen dieser Gleichstellung finden sich in *L.* 77 § 1 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 15 *pr. L.* 82 *ad L. Falc.* (35. 2.), *L.* 1 § 5 *quod legat.* (43. 3.), *L.* 27 *de m. c. don.* (39. 6.). Fragm. Vat. § 281. — Cujac. obss. XX. 6 glaubt, ohne hinreichenden Grund, Severus habe das nur für testamentarische Erbschaften verordnet, Gordian habe es in *L.* 2 *C. cit.* auf Intestaterben ausgedehnt.

(i) *L.* 32 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.), *L.* 12 *C. ad L. Falc.* (6. 50.).

(k) *L.* 73 § 5, *L.* 47 *ad L. Falc.* (35. 2.), *L.* 18 § 1 *de test. mil.* (29. 1.).

zen der Erbschaft liegend betrachtete. Seitdem man sie aber, um der Falcidia Willen, in die Erbschaft herein zog, war es unvermeidlich, jene höhere Regel gleichfalls darauf anzuwenden. Das hat zugleich die Folge, daß auch die Glaubiger des Verstorbenen sich darauf berufen können, die mortis causa donatio sey nichtig, soweit sie ihre Schuldforderungen gefährde. Dadurch wird ihnen die Pauliana actio für diesen Fall entbehrlich, und sie gewinnen dadurch den Vortheil, daß sie sich auf den Beweis der unredlichen Absicht ihres Schuldners nicht einzulassen brauchen (l).

Die Bonorum Possessio contra tabulas eines präterirten Suus oder Emancipatus entkräftet von selbst alle Erbeinsetzungen und Legate, weil beide ihre Gültigkeit nur aus dem Testament herleiten; besonders ausgenommen sind die den Descendenten und Ascendenten des Erblassers gegebenen Erbtheile und Legate. Auf m. c. donationes hat dieses an sich keine Anwendung, da dieselben nicht auf dem Testament beruhen. Dennoch ist die Entkräftung, und eben so die erwähnte Ausnahme derselben, auch auf sie erstreckt worden (m). Bey einer Intestaterbfolge kann keine B. P. contra tabulas vorkommen, also auch nicht diese Ent-

(l) *L.* 17 *de m. c. don.* (39. 6.). „... nam cum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, *quia legatorum instar obtinent.*" Die letzten Worte lauten wieder ganz allgemein, haben aber doch nur den Sinn, in dieser besonderen Beziehung die Gleichheit anzuerkennen.

(m) *L.* 3 *pr. L.* 5 § 7 *L.* 20 *pr. de leg. praest.* (37. 5.).

kräftung (n). Hier bleibt also dem durch die m. c. donatio beeinträchtigten Sohn nichts Anderes übrig, als der Abzug der Falcidischen Quart (Note h). — Eine gleiche Ausdehnung ist gemacht worden bey der P. B. contra tabulas liberti; daher entkräftete der Patron eine solche Schenkung unbedingt, anstatt daß er bey einer Schenkung unter Lebenden die actio Faviana oder Calvisiana bedurfte, zu deren Begründung der Dolus des Gebers bewiesen werden mußte (o).

Jeder Fructuar muß dem Eigenthümer Caution stellen wegen gehöriger Behandlung und künftiger Rückgabe der Sache. Dieses gilt nicht blos von einem durch Legat errichteten Niesbrauch, sondern es ist hierin die Schenkung auf den Todesfall den Legaten gleichgestellt worden (p), das heißt wenn Jemand mortis causa einen Niesbrauch bestellt, so kann nach seinem Tod der Erbe die Caution erzwingen. Dieses scheint deswegen nichts Besonderes, weil selbst bey einem durch irgend einen Vertrag errichteten Niesbrauch eine solche Caution verlangt wer-

(n) *L.* 20 § 1 *de leg. praest.* (37. 5.). „Intestato autem mortuo patre, super donationibus m. c. factis non poterit filius queri: *quoniam comparatio nulla legatorum occurrit.*" Der Grund ist nicht gut gewählt, da er auch die Ausdehnung auf die Falcidia der Intestaterben ausschließen würde, wodurch sich eben Cujacius hat irre machen lassen. — Non poterit filius queri heißt: der Sohn hat hier kein Mittel, die Schenkung (so wie durch die B. P. c. t.) zu entkräften.

(o) *L.* 1 § 1 *si quid in fraud.* (38. 5.).

(p) *L.* 1 § 2 *usufr. quemadm. caveat* (7. 9.). „Plane et si ex mortis causa donatione usus-fructus constituatur, *exemplo legatorum debebit haec cautio praestari.*"

den kann (q). Das Besondere aber liegt in der ganz positiven Regel, daß die Caution des Legatars vom Erblasser nicht erlassen werden darf (r). Hierin also steht jene Schenkung den Legaten gleich, anstatt daß der Eigenthümer, der durch anderen Vertrag den Niesbrauch bestellt, die Caution allerdings erlassen kann.

Wenn einer Erbeinsetzung oder einem Legat die Bedingung eines Eides hinzugefügt ist, so wird der Eid erlassen, der Wille des Erblassers aber durch zweckmäßigere Rechtsformen geschützt (§ 123). Diese Verwandlung nun soll auch bey Schenkungen auf den Todesfall angewendet werden, welches auf folgende Weise gedacht werden muß. Der Geber hat sich von dem Empfänger die Rückgabe nicht blos unter der gewöhnlichen Bedingung jener Schenkung versprechen lassen, sondern auch noch für den Fall, wenn es der Empfänger unterlassen würde, irgend eine Handlung eidlich anzugeloben (s); der Eid wird

(q) *L.* 1 § 2 *cit.*, *L.* 4 *C. de usufr.* (3. 33).

(r) *L.* 7 *C. ut in poss.* (6. 54.). Der Grund war folgender. Die Lex Julia hatte für manche Fälle gestattet, in einem Testament zwar den Niesbrauch, aber nicht die Proprietät zu hinterlassen. (Ulpianus XV. 1). Diese Vorschrift konnte leicht umgangen werden, wenn der Testator die Caution erließ, und nun der Fructuar, der kein anderes Vermögen hatte, die Sachen aufzehrte. Diese Umgehung aber war bey einer Schenkung auf den Todesfall eben so zu befürchten, wie bey einem Legat.

(s) *L.* 8 § 3 *de cond. inst.* (28. 7.). „Et in mortis causa donationibus dicendum est Edicto locum esse: si forte quis caverit, nisi jurasset se aliquid facturum, restituturum quod accepit: oportebit itaque remitti cautionem."

nunmehr erlassen, die Handlung selbst aber als Modus aufrecht erhalten.

Soldaten, die in väterlicher Gewalt stehen, haben das Recht, über das castrense peculium zu testiren, also Erben und Legatare zu ernennen. Dieses ist sehr bald, und ganz consequent, auch auf mortis causa donationes ausgedehnt worden, obgleich es ursprünglich, dem Buchstaben nach, nur für Testamente bestimmt gewesen war (t).

Dem Empfänger einer m. c. donatio kann ein Fideicommiß auferlegt werden (u). Streng genommen liegt darin keine Gleichstellung mit eigentlichen Legaten, denn auch Derjenige kann so onerirt werden, der ein Fideicommiß, oder selbst eine bloße m. c. capio empfängt (v). Allein eine durch Todesfall, also durch den Willen eines Verstorbenen, bedingte Succession ist zu einer solchen Belastung allerdings erforderlich (w), und insofern wird eben dadurch die m. c. donatio in die Reihe solcher Successionen gestellt, und von den reinen Verträgen in einer wichtigen Wirkung unterschieden. Unrichtig ist behauptet worden, die Fähigkeit zu dieser Belastung sey die natürliche Gleichstellung.

(t) *L.* 15 *de m. c. don.* (39. 6.). „.. hoc et constitutum est, *et ad exemplum legatorum* mortis causa donationes revocatae sunt;" nämlich in dieser besonderen Beziehung, was das castrense peculium betrifft. Nimmt man diese Worte aus ihrem Zusammenhang, so geben sie wieder einen falschen Schein absoluter

(u) *L.* 11 *de dote praeleg.* (33. 4.), *L.* 77 § 1 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 8 § 2 *de transact.* (2. 15.), *L.* 1 *C. de don. c. m.* (8. 57.), *L. un.* § 8 *C. de cad. toll.* (6. 51.).

(v) *L.* 96 § 4 *de leg.* 1 (30. un.).

(w) *L.* 1 § 6 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 9 *C. de fideic.* (6. 42.).

Folge der Widerruflichkeit der m. c. donatio, da das auferlegte Fideicommiß nur ein partieller Widerruf sey (x). Allein der Widerruf ist eine Handlung des Lebenden, und daß hier der erst nach dem Tod bekannt gewordene fideicommissarische Wille bindend ist, darin eben liegt das Besondere, aus der bloßen Natur des bedingten Vertrags nicht zu Erklärende. Die Rechtsregeln zeigen hierin gerade den umgekehrten Entwicklungsgang. Da man die Belastung der m. c. donatio, wegen der Successionsnatur derselben, nicht verweigern konnte, so erstreckte man sie nun auch auf die gewöhnliche Schenkung, wenn diese durch Vertrag widerruflich gemacht war; dieses jedoch erst später, und kraft einer Constitution von Pius (y). Eine spätere Ausdehnung wird im § 175 vorkommen.

In allen diesen Fällen also ist die Gleichstellung der m. c. donatio mit den Legaten gewiß; in anderen Fällen sind wir zu ihrer Annahme nicht berechtigt, ungeachtet der scheinbar allgemein lautenden Stellen des Codex und der Institutionen. Ja sogar kommen Fälle vor, worin diese Gleichheit ganz ausdrücklich verneint wird. Die Indignität wegen der Anfechtung des Testaments, welche auf Erbschaften und Legate geht, soll auf die m. c. donatio nicht bezogen werden (z). — Ferner würde aus der absoluten Gleichstellung folgen, daß die m. c. donatio nie un-

(x) Schröter S. 116.

(y) *L.* 37 §3 *de leg.* 3 (32. un.).

(z) *L.* 5 § 17 *de his quae ut ind.* (34. 9.). „Qui mortis causa donationem accepit a testatore, *non est similis in hac causa legatario.*"

widerruflich gemacht werden könne, da Dieſes bey Legaten gewiß der Fall iſt; dennoch iſt die Zuläſſigkeit einer unwiderruflichen m. c. donatio nicht nur in den Digeſten, ſondern ſogar noch in einer Novelle, ausdrücklich anerkannt (§ 170. f).

§. 174.

V. Schenkung. — Beſondere Arten. 1. Schenkung auf den Todesfall. (Fortſetzung.)

Es iſt jetzt im Zuſammenhang die, ſchon theilweiſe berührte, Frage zu beantworten, ob die poſitiven Einſchränkungen der Schenkung auch auf die mortis causa donatio Anwendung finden.

Das Verbot unter Ehegatten findet hier keine Anwendung, und wir dürfen annehmen, daß Dieſes von jeher ſo geweſen iſt (§ 162. m).

Sehr zweifelhaft iſt die Anwendung der Lex Cincia und ihrer Zuſätze, alſo die Frage, ob auch die m. c. donatio dem Verbot größerer Summen, und der beſonderen Form der Mancipation, verbunden mit Interdictenbeſitz, unterworfen war. Zwar in Beziehung auf den Geber ſelbſt hatte dieſe Frage meiſt kein Intereſſe, da dieſer ohnehin die m. c. donatio in der Regel ganz willkührlich widerrufen kann (§ 170). Wichtig wurde die Frage, ſobald durch den Tod des Gebers dieſe Willkühr weggefallen war, ſo daß nur noch der Erbe des Gebers mit dem Empfänger in Streit gerathen konnte, wenn etwa die geſetz-

liche Summe überschritten, oder die Mancipation versäumt, und auch nicht durch Usucapion ersetzt war. Nimmt man nun an, daß die Regel: morte Cincia removetur von jeher und unbestritten galt, so ist es wieder unzweifelhaft, daß auch für den Erben die Lex Cincia keinen Einfluß mehr haben konnte, daß also überhaupt die Schenkung auf den Todesfall von dem Einfluß der L. Cincia völlig frey war; nur mit Ausnahme des seltnen Falles, da der Geber dem willkührlichen Widerruf entsagt hatte, in welchem Fall er sich dennoch auf die Einwendungen berufen konnte, die ihm die L. Cincia darbot. Wenn man dagegen annimmt, daß jene Regel (morte Cincia removetur) nur von einem Theil der alten Juristen behauptet, und erst später allgemein anerkannt wurde, so konnte, nach der entgegenstehenden Meynung anderer Juristen, auch der Erbe die aus der L. Cincia entspringenden Einwendungen geltend machen (a).

Die Anwendbarkeit der nothwendigen Insinuation auf die m. c. donatio, wenn ihr Gegenstand mehr als 500 Solidi werth ist, hat durchaus keinen Zweifel. Sie muß entweder insinuirt, oder durch die Form eines Codicills bestätigt seyn; außerdem ist sie in Ansehung des Übermaaßes nichtig, und diese Nichtigkeit kann von dem Erben geltend gemacht werden (§ 172).

(a) Vgl. oben § 165. c und f. — Für die Anwendung der Lex Cincia auf die m. c. donatio ist Haubold opusc. I. 442, dagegen sind: Hasse Rhein. Museum II. 313, und Schröter S. 100.

Auch der Widerruf wegen Undankbarkeit kann keine Zweifel erregen. Der Geber selbst kann in der Regel aus bloßer Willkühr widerrufen, also gewiß auch im Fall der Undankbarkeit. Hat er dieser Willkühr entsagt, so ist dadurch die Schenkung für seinen Willen nicht bindender geworden, als jede Schenkung unter Lebenden, und der Widerruf wegen Undankbarkeit kann ihm daher nicht versagt werden; er kann es um so weniger, als selbst ein für diesen besonderen Fall ausdrücklich erklärter Verzicht ohne Wirkung seyn würde (§ 169. l).

Bisher wurde die Schenkung auf den Todesfall als ein solches Geschäft abgehandelt, welchem ein Vertrag zum Grunde liegt. Diese Natur hat sie nun wirklich in den allermeisten Fällen, und es wird sich dann ihre praktische Behandlung am Einfachsten hieraus ableiten lassen. Wenn jedoch neuere Schriftsteller diese Gestalt für die einzig mögliche halten, und also das Vorkommen einer m. c. donatio ohne Vertrag gänzlich läugnen, so muß ich dieser Meynung bestimmt widersprechen. Es ist also nun zu zeigen, daß die oben nachgewiesenen Fälle der Schenkung ohne Vertrag (§ 160) auch bey einer Schenkung auf den Todesfall angewendet werden können.

Wenn Jemand die Schuld eines abwesenden Freundes, ohne dessen Wissen, durch baare Zahlung oder durch Expromission tilgt, so ist dieses, je nach der verschiedenen möglichen Absicht, bald eine negotiorum gestio, bald eine

Schenkung. Gesetzt nun, er erklärt ausdrücklich, vielleicht bey der gerichtlichen Insinuation einer hohen Summe, daß er die Absicht einer Schenkung habe, aber einer Schenkung auf den Todesfall, so muß ganz deren rechtliche Natur zur Anwendung kommen. Eben so, wenn er, unter gleicher Erklärung, auf dem Landgut des Abwesenden die abgebrannten Gebäude auf eigene Kosten herstellt. Gesetzt nun, er stirbt vor seinem Freund, ohne seinen Willen zu verändern, so ist die Schenkung perfect geworden, und sein Erbe kann nicht gegen den Beschenkten klagen, weil die negotiorum gestorum actio durch die Absicht der Schenkung ausgeschlossen ist. Gesetzt aber umgekehrt, der Freund sterbe vor ihm, so ist die mortis causa donatio durch Erfüllung der ihr inwohnenden Bedingung der Rückgabe vernichtet, der donandi animus ist für diesen Fall durch die ausdrückliche Erklärung völlig ausgeschlossen, und er kann den Erben seines Freundes auf Rückzahlung des ausgelegten Geldes belangen. — Der einzige, nur die Form betreffende, Unterschied liegt in den Rechtsmitteln, wodurch die Rückzahlung bewirkt wird. Der Geber hat und braucht keine Vindication, Condiction, oder actio praescriptis verbis, es genügt ihm zur Erreichung seines Zwecks die negotiorum gestorum actio. Und hierin liegt wieder eine Bestätigung der oben (§ 158) aufgestellten Ansicht, daß in Fällen dieser Art das eigentliche Schenkungsmittel in der Befreyung von einer eigenen Forderung des Gebers besteht; von der Forderung nämlich, welche Dieser

mit der negotiorum gestorum actio geltend machen könnte, wenn er nicht deren Entstehung, durch die ausgesprochene Absicht der Schenkung, gleich Anfangs verhindert hätte.

§. 175.

V. Schenkung. — Besondere Arten. 2. Donatio sub modo.

Der Modus, als besondere Form einer auf einen Erwerb gelegten Belastung kommt überhaupt nur vor bey den durch einen Todesfall begründeten Successionen, und bey Schenkungen (§ 128). Durch diese letzte Verbindung erhält die Schenkung eine eigenthümliche Natur, die nunmehr dargestellt werden soll. Da nämlich die in dem Modus enthaltene Verpflichtung einen Theil der ursprünglichen Bereicherung wieder aufhebt, so entsteht dadurch ein gemischtes Rechtsgeschäft (§ 154), dessen beide Hälften (Verpflichtung und Schenkung) einzeln betrachtet werden müssen.

I. Verpflichtung. — Der Inhalt derselben kann bestehen in einer Leistung an den Geber selbst, einer Leistung an einen Dritten, oder in einer Handlung, wodurch kein Einzelner ein Recht erwirbt, wie die Errichtung eines Denkmals, oder die Gründung einer öffentlichen Anstalt (§ 128). Auf diese verschiedenen Verpflichtungen beziehen sich folgende Rechtsmittel.

A. Wenn der Modus eine Leistung an den Geber

ſelbſt enthält, ſo daß dieſer ein Geldintereſſe dabey hat, ſo kann er auf deſſen Erfüllung klagen. Dazu diente die Stipulationsklage, wenn mit der Schenkung eine Stipulation auf den Modus verbunden worden war; außerdem dient dazu immer eine actio praescriptis verbis, weil in der donatio sub modo ſtets ein Contract nach der Form do ut des oder do ut facias enthalten iſt. — Dieſer Rechtsſatz kommt in folgenden wichtigen Anwendungen vor. Dem Empfänger kann auferlegt ſeyn, dem Geber Alimente zu reichen (a), oder irgend eine andere Sache zu geben (b), oder das Geſchenk ſelbſt zurück zu geben, ſey es unter einer beſtimmten Bedingung oder Zeitbeſtimmung, z. B. bey dem Tode des Empfängers (c), oder nach freyer Willkühr des Gebers (d). — Dieſe Erfüllungsklage kann aber der Geber nicht anſtellen, wenn der Modus in einer Leiſtung an einen Dritten beſteht, weil es ein allgemeiner Grundſatz iſt, daß aus dem Vertrag zum Vortheil eines Dritten, weder der Contrahent, noch jener Dritte, eine Klage erwirbt (e).

B. Ganz allgemein, ohne Unterſchied der in dem Modus enthaltenen Leiſtung, hat der Geber eine condictio ob causam datorum, womit er das ganze Geſchenk zurück fordert, ſobald den Empfänger der Vorwurf trifft, daß

(a) *L.* 3 *C. de contr. emt.* (4. 38.), *L.* 8 *C. de rer. permut.* (4. 64.).
(b) *L.* 9. 22 *C. de don.* (8. 54.).
(c) *L.* 2 *C. de don. quae sub modo* (8. 55.).
(d) *L.* 37 § 3 *de leg.* 3 (32. un.).
(e) *L.* 11 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 9 § 4 *de reb. cred.* (12. 1.), § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19.).

er ſeine Verpflichtung willkührlich unerfüllt gelaſſen habe (f). Ob alſo der Geber ein Intereſſe bey der Erfüllung hat, iſt gleichgültig, denn auch wo dieſes fehlt, iſt darum nicht minder causa non secuta. Dagegen gilt die Klage nur unter folgenden zwey wichtigen, bereits angedeuteten, Einſchränkungen. Erſtlich fällt die Condiction ganz weg, wenn die Erfüllung unmöglich iſt (g); wobey natürlich vorausgeſetzt wird, daß die Unmöglichkeit aus äußeren Urſachen entſtanden ſey, nicht durch die Verſchuldung des Empfängers. Zweytens kann ſie nicht angeſtellt werden, ſo lange nach dem Inhalt des Modus die Verpflichtung noch nicht angefangen hat, ſo daß vorläufig nur erſt die in dem ganzen Geſchäft enthaltene Schenkung wirkſam geworden iſt (h).

(f) Die entſcheidendſten Stellen ſind *L.* 3 *L.* 8 *C. de cond. ob causam* (4. 6.); weniger beweiſend ſind *L.* 2 *L.* 6 *eod.*

(g) *L.* 8 *C. de cond. ob causam* (4. 6.), „Dictam legem donationi, *si non impossibilem contineat causam.*" Hierin iſt alſo der Modus bey Schenkungen dem bey Erbſchaften und Legaten völlig gleich (§ 129. i). Nur ſcheinbar widerſprechend iſt *L.* 2 § 7 *de don.* (39. 5.). Wenn Einem Geld gegeben wird, um den Sklaven Stichus zu kaufen, ſo kann es reine Schenkung ſeyn, ſo daß dieſer Kauf nur die Veranlaſſung gab, dann fällt natürlich, auch bey des Stichus Tod, die Condiction weg; es kann aber auch gar nicht Schenkung ſeyn, wenn das Geld gegeben wird blos um dem Stichus einen milden Herrn zu verſchaffen, nicht um den Empfänger zu bereichern: dann gilt die Condiction wie bey jedem gewöhnlichen Innominatcontract.

(h) *L.* 18 *pr. de don.* (39 5.). „Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, *obligationem non contrahi eo casu quo donatio est.*" Davon wird nun im § 1 folgende Anwendung gemacht: „si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, *non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur.* Aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim *nec*

Hierin beſteht alſo eine merkwürdige Verſchiedenheit zwiſchen dieſem Fall, und anderen Innominatcontracten, neben welchen die Condiction auch aus reiner Willkühr (jus poenitendi) angeſtellt werden kann, ſelbſt wenn den Empfänger kein Vorwurf trifft (i); dieſes jus poenitendi gilt bey der donatio sub modo gar nicht (k). Der Grund liegt wohl darin, daß bey der donatio sub modo der Theil des Geſchäfts, welcher die Schenkung enthält, mit dem Modus unzertrennlich verbunden iſt, ſo daß oft nicht einmal unterſchieden werden kann, welche unter den beiden vereinigten Abſichten bey dem Geber die vorherrſchende war (l). Wird nun die Condiction angeſtellt, ſo möchte man erwarten, daß ſie nur auf den Werth des Modus gienge, nicht auf den Werth der eigentlichen Schenkung; wäre alſo ein Haus geſchenkt im Werth von 1000, und betrügen die auferlegten Leiſtungen 200, ſo müßten dann nur dieſe 200 wiedergefordert werden können, nicht die 800 die zur reinen Bereicherung beſtimmt waren. So iſt

donationi locum esse; et ideo esse obligationem."

(i) *L.* 3 § 2. 3, *L.* 5 *pr.* § 1. 2 *de cond. causa data* (12. 4.).

(k) Dieſes iſt unzweydeutig ausgeſprochen in *L.* 18 *de don.* (Note h). Scheinbar widerſprechend ſind *L.* 27 § 1 *mand.* (17. 1.) und *L.* 5 § 1 *de cond. causa data* (12. 4.). Allein in beiden Stellen muß vorausgeſetzt werden, daß bey dem Geben des Sklaven, der erſt nach einiger Zeit freygelaſſen werden ſoll, nicht die Abſicht einer Schenkung zum Grund lag (die auch gar nicht erwähnt wird); auf Fälle ſolcher Art deutet auch ſchon hin *L.* 18 § 1 *de don.* (39. 5.). Vgl. Meyerfeld I. 416.

(l) Es wirkt alſo hier das Princip der *L.* 5 § 2 *de don. int. vir.* ſ. o. § 152. b. Daß man deswegen hier das Ganze als Schenkung gelten läßt, liegt darin, daß in den meiſten Fällen der donatio sub modo der donandi animus überwiegend ſeyn wird.

es aber nicht, vielmehr muß das ganze Haus zurückgegeben werden. Der Grund liegt wieder in der ſchon erwähnten Unzertrennlichkeit; dazu kommt aber, als Unterſtützung, die offenbare Undankbarkeit des den Modus verweigernden Empfängers (m). Daher hat auch Juſtinian dieſen Fall unter die zur Revocation geeigneten Zeichen der Undankbarkeit mit aufgenommen (§ 169); und es liegt hierin, da es für den praktiſchen Zweck nicht eigentlich nöthig war, eine Anerkennung, daß auch ſchon das ältere Recht, bey der erwähnten Ausdehnung der Condiction, von dem Princip der Undankbarkeit ausgieng. — In Einem Fall hat der Geber, der die Schenkung zurück fordern will, ſogar noch eine Vindication neben der perſönlichen Klage. Dieſes iſt beſtimmt für den Fall, da der Modus auf Alimente geht, die dem Geber ſelbſt gereicht werden ſollten, nun aber verweigert werden. Es wird dieſes, den allgemeinen Grundſätzen nicht angemeſſene Rechtsmittel ausdrücklich als eine ganz poſitive Anſtalt anerkannt, und darf daher außer den Gränzen des angegebenen einzelnen Falles nicht angewendet werden (n).

C. In den Fällen, worin der Modus auf die Leiſtung

(m) Ohne dieſe hinzutretende Rückſicht könnte man geneigt ſeyn, aus der Unzertrennlichkeit vielmehr die umgekehrte Folgerung zu ziehen, das Ganze als Schenkung zu behandeln (Note l), und daher die Condiction ganz zu verſagen. Die Sache iſt alſo, wie billig, mehr mit praktiſchem Sinn, als nach der ſtrengen Regel formeller Conſequenz, aufgefaßt worden.

(n) *L. 1 C. de don. quae sub modo* (8. 55.). Meyerfeld I. S. 413.

an einen Dritten gerichtet ist, würde dieser nach dem älteren Recht keine Klage gehabt haben (Note e), er müßte denn bey dem Vertrag selbst zugezogen worden seyn, und den Modus für sich stipulirt haben; das neuere Recht aber gestattet demselben eine utilis actio (o). Daß darin eine Neuerung liegt, ist unverkennbar; es ist aber nicht unwichtig zu bestimmen, an welches schon bestehende Rechtsinstitut diese Neuerung sich dergestalt anschließt, daß sie als eine Fortbildung desselben angesehen werden kann. Man hat gesagt, diese Klage sey aus einer stillschweigenden Cession des Gebers an den begünstigten Dritten abzuleiten (p); diese Ableitung aber muß bestimmt verworfen werden. Denn der Geber könnte nur entweder die actio praescriptis verbis oder die condictio cedirt haben. Das erste ist unmöglich, weil er selbst diese Klage in dem angegebenen Fall (der Leistung an einen Dritten) gar nicht hat (Note e). Das zweyte würde dahin führen, daß der Dritte nicht auf Erfüllung des Modus klagen, sondern das Geschenk selbst abfordern dürfte; wäre also ein Land-

(o) *L.* 3 *C. de don. quae sub modo* (8. 55.). Es ist ein Rescript von Diocletian und Maximian, welches sich nun auch als Fragm. Vat. § 286 wiedergefunden hat. Die Einführung des neuen Rechtssatzes wird darin den divi principes zugeschrieben. Nur scheinbare Ähnlichkeit hat damit *L.* 8 *C. ad exhib.* (3. 42.); hier hatte Einer die Sachen eines Andern in Commodat und Depositum gegeben, und dabey die Rückgabe an den Eigenthümer ausbedungen: der Eigenthümer soll nun die utilis depositi actio haben. Dieses gründet sich auf eine erzwingbare, also fingirte Cession; denn der Deponent konnte als Mandatar oder negotiorum gestor gezwungen werden, seine depositi actio dem Eigenthümer zu cediren.

(p) Meyerfeld I. S. 422.

gut verschenkt, mit dem Modus einen alten treuen Diener zu verpflegen, so würde derselbe nicht blos die verweigerten Alimente, sondern das ganze Landgut einklagen können (q). Dieses nun wird gewiß Niemand behaupten wollen, und so muß also überhaupt der Gedanke an jene stillschweigende Cession aufgegeben werden. — Der wahre Zusammenhang der Gedanken scheint vielmehr folgender. Im Fall der mortis causa donatio kann der Empfänger, gleich einem Legatar, mit einem Fideicommiß belastet werden (§ 173. u). Dieses wurde durch eine Constitution von Pius auf widerrufliche Schenkungen unter Lebenden übertragen (§ 173. y). Nun war es nur ein Schritt weiter auf diesem Wege, wenn nachfolgende Kaiser (die divi principes) eine ähnliche Wirkung auch bey derjenigen Schenkung gestatteten, bey welcher gleich Anfangs die Leistung an einen Dritten dem Empfänger auferlegt war. Es war also die Analogie der Fideicommisse, die hierbey zum Grunde lag, obgleich der so gebildete Rechtssatz selbst, über die wahre Natur der Fideicommisse weit hinaus geht.

II. Schenkung. Bey demjenigen Theil des ganzen Geschäfts, welcher die Natur der Schenkung an sich trägt, ist nun noch zu bestimmen, wie die positiven Einschränkungen der Schenkung dabey zur Anwendung gebracht werden.

(q) In *L.* 3 *C. cit.* ist dieser an sich wichtige Gegensatz unmerklich, weil in dem Fall dieses Rescripts der Modus gerade darin bestand, die geschenkte Sache selbst, nach einiger Zeit, an den Dritten heraus zu geben.

Die donatio sub modo unter Ehegatten ist eine nichtige Handlung, so wie jede andere unter ihnen vorgenommene Schenkung. Wird das Geschenk zurückgefordert, so hört auch jede Verpflichtung des Empfängers auf. Hat derselbe schon Aufopferungen zur Erfüllung des Modus gemacht, so ist die Bereicherung um so viel vermindert, und der Empfänger kann dieses in Abrechnung bringen: hier um so unzweifelhafter, als diese Aufopferung aus dem Willen des Gebers hervorgegangen ist (§ 150. a).

Ganz ähnliche Grundsätze aber müssen auch zur Anwendung kommen in den übrigen Fällen positiver Einschränkung. Überall also, wo die Schenkung entkräftet wird, hört mit dem Gewinn auch die Verpflichtung zu neuen Leistungen auf; sind aber solche Leistungen schon gemacht, so ist dadurch die durch die Schenkung bewirkte Bereicherung theilweise aufgehoben, und zwar nach dem eigenen Willen des Gebers. Dabey kann es keinen Unterschied machen, ob die Schenkung an sich nichtig ist, wie bey der versäumten Insinuation, oder ob sie erst durch Klage widerrufen werden muß, wie im Fall der Undankbarkeit.

Die meisten dieser Grundsätze treten unbedenklich auch im heutigen Rechte ein. Nur die Condiction auf Rückgabe des Geschenks, im Fall der verweigerten Erfüllung, hängt mit der allgemeinen Natur der Innominatcontracte zusammen, und würde daher, eben so wie bey diesen, im

heutigen Rechte wegfallen (r). Daher ist es hier von Wichtigkeit, daß Justinian auf diesen Umstand zugleich einen Widerruf wegen Undankbarkeit gegründet hat (§ 169), an dessen heutiger Anwendbarkeit nicht zu zweifeln ist.

§. 176.

V. Schenkung. — Neuere Gesetzgebungen.

Das Preußische allgemeine Landrecht handelt von der Schenkung Th. 1 Tit. 11 § 1037—1177; das Österreichische Gesetzbuch § 938—956. Der Code civil faßt sie in Einem Titel zusammen mit den Testamenten; die gemeinschaftlichen Regeln beider Institute stehen art. 893—930, die besonderen Regeln der Schenkung art. 931—966; ihnen liegt zum Grunde die vom Kanzler d'Aguesseau verfaßte Ordonnance von 1731.

Indem nun zum Schluß dieser Lehre der Inhalt der genannten Gesetzgebungen mit dem des Römischen Rechts verglichen werden soll, ist zunächst auf die rein positiven Bestimmungen dieses Rechts, also auf die dreyfache Einschränkung der Schenkung, Rücksicht zu nehmen.

I. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten ist vom Preußischen Gesetz verworfen worden (a); eben so auch

(r) Glück B. 4 S. 294, B. 13 S. 48. Unbestritten ist dieser Satz nicht.

(a) A. L. R. II. 1 § 310. Nur im Concurs haben hier die Gläubiger ein größeres Recht als bey anderen Schenkungen. A. L. R. II. 1 § 312 und Anhang zum L. R. § 74, verglichen mit I. 11 § 1129 fg.

vom Österreichischen (§ 1246). Das Französische dagegen schließt sich ganz an das Römische Recht an, indem es für jede in der Ehe vorgenommene Schenkung einen willkührlichen Widerruf zuläßt (art. 1096). Daß es an die Stelle der Römischen Nichtigkeit ein bloßes Widerrufsrecht setzt, ist nicht von großer praktischer Erheblichkeit; wichtiger ist die Frage, ob diese Schenkung durch den Tod des Gebers unwiderruflich wird. Ausdrücklich sagt darüber das Gesetz Nichts; die Praxis aber nimmt an, daß in dieser Hinsicht völlig die Regel des Römischen Rechts gelte (b).

II. Die verschiedensten Maasregeln finden sich bey den für die Gültigkeit der Schenkung vorgeschriebenen Formen, in welchen überall eine gewisse Einschränkung liegt, dadurch veranlaßt, daß allerdings von der Schenkung mehr als von den meisten übrigen Verträgen Misbrauch zu befürchten ist. Hierin nun ist die Vorschrift des neuesten Römischen Rechts besonders mangelhaft; es fordert die gerichtliche Insinuation nur bey einer sehr bedeutenden Summe, und zwar ohne Rücksicht ob das Vermögen des Gebers groß oder klein ist: unter jener Summe aber läßt es die Schenkungen nicht blos ganz frey von positiven Formen, sondern giebt sogar noch größere Freyheit als bey den meisten anderen Verträgen, indem es die Stipulation als Form des klagbaren Versprechens erläßt. Von diesen Mängeln sind die neueren Gesetzgebungen frey.

(b) Toullier droit civil T. 5 § 918.

Das Österreichische Gesetz nimmt die Sache am Leichtesten; es fordert nur entweder ein schriftliches Versprechen, oder Tradition, keine andere Form (§ 943). Auf diese Weise kann jeder Werth, ja das ganze gegenwärtige Vermögen, verschenkt werden; nur von dem künftigen Vermögen soll die Schenkung höchstens die Hälfte umfassen (§ 944).

Schwieriger ist das Französische Gesetz. Mit scheinbarer Allgemeinheit fordert es erstlich Acceptation (art. 894. 932), von welcher noch weiter unten die Rede seyn wird; zweytens die Verhandlung vor einem Notar (art. 931). Indessen ist dieses nicht gerade für alle donations vorgeschrieben, sondern nur für tous *actes* portant donation entre-vifs, und auf diesen Ausdruck hat man folgende mildernde Erklärung, wie es scheint mit allgemeiner Zustimmung, gegründet. Wenn bewegliche Sachen durch augenblickliche Tradition verschenkt werden (dons manuels), so ist die Schenkung vollgültig, auch ohne Notar. Wenn ferner die Schenkung zuerst durch eine mangelhafte Willenserklärung versucht war (ohne Notar, oder ohne Acceptation), und es kommt nachher der wirkliche Besitz des Beschenkten hinzu (exécution volontaire), so ist dadurch jeder Mangel gehoben (c). Wegen des Umfangs der Schen-

(c) Maleville zu art. 931. Toullier T. 5 § 172. 173. 177—179. 189. 190. — Nach art. 939 könnte man glauben, bey Immobilien wäre die Eintragung in die Hypothekenbücher zur Gültigkeit der Schenkung erforderlich; es ist aber nur so gemeynt, daß der nicht eingetragene Empfänger gegen einen Dritten sich nicht auf das erworbene Eigenthum berufen kann. art. 941.

kung ist nur die Einschränkung gemacht, daß sie nicht auf das künftige Vermögen gerichtet seyn darf (art. 943) (d). — Wenn nun aber die erwähnten Formen beobachtet werden, so ist dadurch Alles, was nöthig ist, geschehen; Tradition wird nicht erfordert, und es geht auch ohne sie das Eigenthum der vor dem Notar verschenkten Sache unmittelbar über (art. 938).

Das Preußische Gesetz hat unter allen die strengsten Formen. Jede Schenkung kann gerichtlich vorgenommen werden; dann ist auch das bloße Versprechen klagbar (§ 1063. 1064. 1069). Außerdem ist die Tradition nöthig, und bey Grundstücken auch noch eine schriftliche Urkunde; dennoch kann eine solche außergerichtliche Schenkung binnen Sechs Monaten ganz willkührlich widerrufen werden (§ 1065—1068. 1090). Unabhängig von diesen Formen kann selbst die gerichtliche Schenkung drey Jahre lang widerrufen werden, wenn sie mehr als die Hälfte des Vermögens zum Gegenstand hat (§ 1091 fg.).

III. Der Widerruf aus besonderen Gründen hat sich auf folgende Weise gestaltet (e).

Grobe Undankbarkeit haben alle drey Gesetzbücher als

(d) Auch dieses nicht eigentlich wegen des gefährlichen Übermaaßes, sondern als eine Folge der Regel des art. 914, welche Schenkungen für ungültig erklärt, wenn ihre Bedingungen ganz in der Willkühr des Gebers stehen; von dieser Willkühr aber hängt es ab, künftiges Vermögen gar nicht zu erwerben. Toullier T. 5 § 223. 224.

(e) Ich spreche hier absichtlich nur von dem Widerrufsrecht des Gebers selbst, nicht von dem der Creditoren und Pflichttheilsberechtigten, da diese letzten nur im Zusammenhang anderer Rechtsinstitute verstanden werden können.

einen solchen Grund anerkannt, obwohl sie die Natur dieses Undanks etwas verschieden bestimmen. — Das Österreichische Gesetz beschränkt diesen Widerruf durch eine dreyjährige Verjährung, läßt ihn aber (innerhalb dieses Zeitraums) unter den Erben beider Theile gelten (§ 948. 949. 1487). — Das Preußische gestattet ihn nur ausnahmsweise den Erben des Gebers, beschränkt ihn aber durch keine besondere Verjährung (§ 1151—1161). — Das Französische Gesetz beschränkt ihn durch einjährige Verjährung, und läßt ihn auch, von beiden Seiten, auf die Erben nicht übergehen (art. 955. 957).

Ein neuer Grund des (partiellen) Widerrufs liegt in der späteren Verarmung des Gebers. In diesem Fall kann er Zinsen des geschenkten Geldwerths fordern: nach dem Preußischen Gesetz Sechs Procente (§ 1123), nach dem Österreichischen gesetzliche Zinsen (§ 947), das heißt Vier Procente (§ 995). Das Französische Gesetz kennt diesen Grund des Widerrufs nicht.

Wenn der Geber zur Zeit der Schenkung kinderlos war, und nachher Kinder bekommt, kann er nach dem Preußischen Gesetz diejenige Schenkung widerrufen, welche durch bloßes Versprechen, nicht durch Tradition, bewirkt war (§ 1140—1150). — Das Österreichische Gesetz nimmt diesen Widerruf nicht an; nur wenn noch Verarmung hinzutritt, soll das Recht der gesetzlichen Zinsen auch auf die Erben übergehen (§ 954). — Das Französische Gesetz gestattet nicht blos unbedingten Widerruf, sondern es läßt

sogar in diesem einzigen Fall die Schenkung de plein droit nichtig werden, ohne daß es dazu eines Widerrufs bedarf (art. 960). Dieses letzte jedoch mit einer sehr natürlichen Ausnahme; wenn nämlich unter kinderlosen Ehegatten eine Schenkung vorgenommen wird, und nachher aus derselben Ehe Kinder geboren werden, so wird dadurch die Schenkung nicht von selbst nichtig; jedoch bleibt das allgemeine Widerrufsrecht der Ehegatten vorbehalten (art. 1096).

Endlich hat das Französische Gesetz allein aus dem Römischen Recht den Widerruf wegen verweigerter Erfüllung der bey der Schenkung auferlegten Verpflichtungen aufgenommen (art. 954). Diese Aufnahme ist den beiden anderen Gesetzen fremd.

In diesen positiven Bestimmungen also findet sich zwischen dem Römischen Recht und den neueren Gesetzen theils Übereinstimmung, theils Verschiedenheit. Dagegen enthalten diese nur sehr Weniges von den sorgfältigen Bestimmungen, die das Römische Recht theils über den Begriff der Schenkung, theils über ihre Erscheinung in einzelnen Rechtsgeschäften, giebt. Hierin also möchten sie wohl aus dem Römischen Recht ergänzt werden können; jedoch nur insofern nicht eine einzelne Bestimmung derselben mit einer solchen Ergänzung im Widerspruch stehen würde. Auch solche Fälle kommen vor; nicht sowohl, weil die neueren Gesetzgeber eine Abweichung vom Römischen Recht räthlich gefunden hätten, als weil man sich diese Verhältnisse

nicht in ihrem wahren Verhältnisse klar gedacht hat. Ich will es versuchen, Dasjenige zusammen zu stellen, was ich über die allgemeine Natur der Schenkung in den neueren Gesetzgebungen gefunden habe.

Das Preußische Gesetz fordert im Allgemeinen zu jeder Schenkung Acceptation (§ 1058). Damit scheint also ausgeschlossen die einseitige Schenkung, die nach Römischem Recht Jeder dadurch vollziehen kann, daß er für einen Schuldner ohne dessen Willen baar zahlt, oder expromittirt. Diese Ausschließung scheint auch nicht aus einem blos unvorsichtig gefaßten Ausdruck hervorzugehen; denn in anderen Stellen wird ausdrücklich gesagt, daß die hier erwähnten Handlungen stets eine Regreßklage (aus Mandat oder negotiorum gestio) zur Folge haben (f). Dabey wird also entweder vorausgesetzt, es sey unmöglich daß diese Handlungen in der Absicht zu schenken vorgenommen würden, oder es soll dieser Absicht, so lange sie nicht in einen Vertrag übergeht, jede rechtliche Folge versagt werden. — Das Römische Recht nimmt an, daß die unterlassene Erwerbung eines Rechts, weil sie keine Veräußerung ist, auch keine Schenkung enthalte (s. o. § 145). Das Preußische Gesetz enthält in der Lehre von der Schenkung denselben Satz, obgleich anderwärts das Gegentheil gesagt zu seyn scheint (g).

(f) A. L. R. I. 14 § 406, I. 16 § 45.

(g) A. L. R. I. 11 § 1039. „Bloße Verzichtleistungen auf ein zwar angefallenes, aber noch nicht wirklich übernommenes ... Recht sind nach den Regeln von Schenkungen nicht zu

Das Österreichische Gesetz kennt keine andere Schenkung, als die aus Vertrag oder Tradition hervorgeht (§ 943). Der Zweifel wegen einseitiger Handlungen zum Zweck fremder Bereicherung hat hier weniger Raum, indem es gar nicht zugelassen ist, fremde Schulden ohne Einwilligung des Schuldners zu zahlen (§ 1423).— Der ausgeschlagene Erwerb eines Rechts soll nicht als Schenkung gelten (§ 939).

Das Französische Gesetz fordert zu jeder Schenkung Acceptation, und verwebt diese sogar mit der nothwendigen Form gültiger Schenkung. Daraus scheint also zu folgen, daß eine einseitige Schenkung eben so wenig, als im Preußischen Gesetz, für möglich gehalten werde, obgleich es hier, wie im R. R. zugelassen wird, für einen Andern, ohne dessen Wissen, Schulden zu zahlen oder durch Expromission zu tilgen (art. 1236. 1274). — Viel weiter, als der

beurtheilen." — Dagegen sagt I. 16 § 393: „Eine .. Entsagung eines bereits erworbenen, ingleichen eines zwar künftigen aber doch so beschaffenen Rechts, daß der Anfall desselben dem Entsagenden gewiß war, ist einer Schenkung gleich zu achten." Ich würde der ersten Stelle den Vorzug geben, theils weil sie dem Wesen der Schenkung mehr entspricht, theils weil sie im Abschnitt von Schenkungen steht, bey dessen Ausarbeitung diese Lehre wohl mehr in ihrem wahren Zusammenhang durchdacht wurde. Man hat den Widerspruch dadurch zu entfernen gesucht, daß man die erste Stelle (mit Recht) von angefallenen und ausgeschlagenen Erbschaften verstanden hat, die zweyte von dem Verzicht auf eine obligatio ex die (Schröter Systems des allg. Landrechts B. 1 S. 43). Allein eine obligatio ex die kann man unmöglich ein künftiges Recht nennen, und einem bereits erworbenen entgegen setzen, da es schon vollständig erworben, und nur in der Ausübung beschränkt ist.

Buchstaben des Gesetzes, geht die Lehre der Juristen. Diese nehmen an, indirecte Schenkungen unterlägen nicht den Revocationen; unter indirecten aber sollen auch die Erlaßverträge verstanden werden (h). Also geht die Meynung eigentlich dahin, nur die Tradition und das notarielle Versprechen sey eine wahre Schenkung, der Erlaß einer Schuld sey eine solche nicht, und sey also eben so wenig der notariellen Form, als den Revocationen unterworfen. Diese Ansicht ist nur aus der Voraussetzung zu erklären, daß die Anhänger derselben sich begnügt haben den Buchstaben des Gesetzes fest zu halten, ohne in das Wesen der Sache einzudringen. Warum wird mehr Form erfordert zu einem Schenkungsversprechen, als zur Schenkung durch Tradition? Ohne Zweifel weil jenes mit bloßen Worten abgemacht wird, ohne den sinnlichen Eindruck des Gegenstandes, und daher für den Leichtsinn und die Characterschwäche gefährlicher ist als die Tradition. Aber dieselbe Gefahr, wie bey dem Versprechen, tritt bey dem Erlaßvertrag ein, bey welchem daher dieselbe Veranlassung ist, eine notarielle Verhandlung zu fordern. Am Wenigsten aber läßt sich begreifen, warum bey dem Erlaßvertrag die Revocationen nicht gelten sollen. Wer eine Geldsumme baar verschenkt, oder vor einem Notar verspricht, soll wegen Undankbarkeit, wegen der Ehe, und wegen nachgeborner Kinder, widerrufen können; wer aber eine gleiche Summe zu fordern hat, und aus Freygebig-

(h) Toullier T. 5 § 312. Er beruft sich auf Pothier.

keit erläßt, hat doch auf solchen Widerruf dieselben natürlichen Ansprüche, da der Erlaß einer Schuld auf beiden Seiten genau dieselbe Veränderung im Vermögen hervorbringt, wie wenn baares Geld aus einer Hand in die andere gegeben wird: nicht zu gedenken, daß durch jene willkührliche Unterscheidung jede Umgehung des Gesetzes (durch Darlehen und nachfolgenden Erlaß) ganz leicht gemacht wird. — In merkwürdiger Weise zeigt sich die Gleichstellung der Schenkungen mit Testamenten bey den Bedingungen. Sind diese unmöglich oder unsittlich, so werden sie bey der Schenkung, wie bey dem Testament, für nicht geschrieben erachtet, anstatt daß bey anderen Verträgen die Obligation selbst durch solche Bedingungen vernichtet wird (§ 124. k).

VI. Die Zeit, als Bestandtheil juristischer Thatsachen.

§. 177.

Einleitung.

In vielen und wichtigen Rechtsinstituten findet sich ein Zeitverhältniß als Bestandtheil der durch eine allgemeine Rechtsregel begründeten Thatsachen, so daß hier die Zeit als eine der Bedingungen erscheint, wovon der Erwerb oder Verlust eines Rechts abhängig gemacht wird. So verschieden nun theils diese Rechtsinstitute selbst unter einander sind, theils auch die Art, wie die Zeit Einfluß auf das Daseyn derselben ausübt, so ist doch die Bedeutung

und Behandlung der Zeit selbst ihnen allen gemeinsam, und dieses Gemeinsame soll hier in einer allgemeinen Betrachtung dargestellt werden.

Ich will damit anfangen, die Rechtsinstitute, worin sich ein solcher Einfluß der Zeit äußert, in einer allgemeinen Übersicht zusammen zu stellen.

Erste Klasse, welche die häufigsten und wichtigsten Fälle umfaßt. Das Daseyn eines Rechts hängt davon ab, daß menschliche Thätigkeit oder Unthätigkeit, also freyes Thun oder Lassen, während eines bestimmten Zeitraums, ununterbrochen fortdauert. Dahin gehört:

1) Das uralte Institut der Usucapion. In ihr wird Eigenthum erworben durch die Thätigkeit des Besitzes, die einen ganzen Zeitraum hindurch ununterbrochen fortgesetzt worden ist. Als unmittelbare Entwicklungen schließen sich ihr an: der nonusus der Servituten, und späterhin bey eben denselben die longa possessio (a). Um diese verwandte Institute mit einzuschließen, will ich den bey uns schon eingebürgerten Namen der Ersitzung gebrauchen. —

(a) Gewissermaßen kann man dahin auch rechnen den zwanzigjährigen redlichen, titulirten Besitz der Freyheit, wodurch der Sklave die Freyheit erlangen sollte. *L.* 2 *C. de longi temp. praescr. quae pro lib.* (7. 22.). Zwar heißt es hier Anfangs „praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat," und diese Worte könnten auf eine bloße Exception gegen die Vindication des Herrn gedeutet werden; allein sehr entscheidend scheinen doch die darauf folgende Worte: „ut et liberi et cives Romani fiant." — Die Zusammenstellung des nonusus mit der Usucapion beruht übrigens auf meiner, im Sachenrecht zu rechtfertigenden, Ansicht von derselben. Nach der gewöhnlichen Auffassung würde sie unter die Fälle Num. 3 zu stehen kommen.

Durch eine willkührliche, grundlose Abstraction haben neuere Juristen aus der Usucapion eine allgemeine Erwerbungsart der Rechte überhaupt, unter dem Namen der erwerbenden Verjährung, zu machen versucht, wovon noch weiter die Rede seyn wird.

2) Die Klagverjährung, das heißt der Verlust eines Klagerechts durch ununterbrochene Unthätigkeit des Klagberechtigten. Lange Zeit war dieselbe ganz unbekannt, dann kam sie in einzelnen Ausnahmen auf, die sich allmälig vermehrten. So waren namentlich die prätorischen Klagen in der Regel einer einjährigen Verjährung unterworfen (b). Endlich wurde sie zu einem allgemeinen, durchgreifenden Princip für alle Klagen ohne Ausnahme erhoben, und sie ist dadurch zu einem der wichtigsten und umfassendsten Rechtsinstitute geworden. — Auch auf sie haben neuere Juristen eine willkührliche Abstraction angewendet, indem sie aus diesem speciellen, blos auf Klagerechte anwendbaren, Rechtsinstitut, einen allgemeinen Untergang der Rechte überhaupt, unter dem Namen der erlöschenden Verjährung, gebildet haben.

3) Eine Anzahl ganz einzeln stehender Fälle, die sich unter keinen gemeinsamen Namen zusammen fassen lassen. Sie haben mit der Klagverjährung das gemein, daß die in einem bestimmten Zeitraum fortdauernde Unthätigkeit

(b) Bey der einjährigen Klagverjährung ist seltener, als bey den längeren, von einer temporis praescriptio oder exceptio die Rede; doch kommt allerdings auch der Ausdruck annua exceptio vor. *L.* 30 § 5 *de peculio* (15. 1.), *L.* 15 § 5 *quod vi* (43. 24.).

eines Berechtigten den Verlust seines Rechts zur Folge hat; dadurch sind die neueren Juristen veranlaßt worden, sie mit der Klagverjährung zu identificiren, worin nun eben der bereits erwähnte abstracte Ausdruck einer erlöschenden Verjährung seine wichtige, aber irrige und verwirrende Anwendung fand. Es gehören dahin folgende Fälle:

Die alte Prozeßverjährung der legitima judicia, anderthalb Jahre vom Anfang des Prozesses an (c).

Die Restitution, welche nur Vier Jahre (früher nur Ein Jahr) lang gesucht werden kann. Früherhin von der Klagverjährung ganz verschieden; in wiefern im heutigen Recht beide verschmolzen sind, kann erst in der Lehre von der Restitution festgestellt werden.

Die gesetzlich vorgeschriebenen Prozeßtermine. A) Nach den Zwölf Tafeln die 30 Tage des judicatus, mit deren Ablauf die Execution eintrat (d). B) Die Vier Monate von dem Urtheil an, nach deren Ablauf im neuesten Recht hohe Urtheilszinsen zu zahlen sind (e). C) Die Appellationsfrist von Zehen Tagen. D) Die Drey Tage, binnen

(c) Gajus IV. § 104.

(d) Eine Verlängerung dieser Frist war stets erlaubt. *L.* 31 *L.* 7 *de re jud.* (42. 1.). Bey extraordinariis judiciis trat eine von richterlichem Ermessen bestimmte Frist an die Stelle. *L.* 2 *eod.*

(e) *L.* 2 *L* 3 *pr. C. de us. rei jud.* (7. 54), *L.* 13 *C. de usuris* (4. 32.). Früher waren es zwey Monate. *L.* 3 § 1 *C. cit.*, *L. un. C. Th. de usur. rei jud.* (4. 19.). Vielleicht sind diese zwey Monate entstanden durch Zusammenrechnung der 30 Tage der zwölf Tafeln mit den folgenden 30 Tagen der proscriptio. Gajus IV. § 78. 79.

welchen eine Partey den Irrthum ihres Advocaten berichtigen darf (f).

Die Frist zur Agnition der bonorum possessio, nach Verschiedenheit der Fälle Ein Jahr oder Hundert Tage.

Die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae (g).

Die Frist von Zwey Jahren, nach welcher im alten Recht die Verpflichtung eines sponsor oder fidepromissor erlosch (h).

Die 50 Tage der Excusation von einer Vormundschaft (i).

Das erbschaftliche Inventarium, welches nach Verschiedenheit der Fälle in Drey oder Zwölf Monaten vollendet werden muß (k).

Sechzig Tage, wenn ein Käufer das sogenannte pactum displicentiae geltend machen will (l).

Zwey Jahre nach der Kündigung, binnen welchen ein Pfandschuldner den Verkauf des Pfandes abwenden kann; Zwey Jahre nach der Addiction des Pfandes an den Glaubiger, binnen welchen der Schuldner das Pfand einlösen darf.

(f) *L.* 3 *C. de error. advoc.* (2. 10.).

(g) Bekanntlich mit sehr verschiedenen Fristen. Mit ihr kann man (als Verjährung einer Exception) vergleichen die im canonischen Recht vorgeschriebene Verjährung der exceptio spolii von Funfzehen Tagen.

(h) Gajus III. § 121.

(i) § 16 *J. de excus.* (1. 25.).

(k) *L.* 22 § 2. 3 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(l) *L.* 31 § 22 *de aedil. ed.* (21. 1.).

Endlich einige Fälle, worin der Verlust des Rechts den Character einer Strafe an sich trägt.

So der Verlust des Miteigenthums an einem Hause, nachdem der Beytrag zu den Baukosten Vier Monate lang versäumt worden ist (m).

Verlust der Emphytheuse, des Mieth- und Pachtrechts, wenn die Zahlung des Pachtgeldes bestimmte Zeit hindurch unterlassen wird (n).

Verlust des Erbrechts bey unerfülltem Willen des Verstorbenen (o).

Verlust des mütterlichen Erbrechts, wenn die Mutter ein volles Jahr lang versäumte, den Kindern Vormünder zu erbitten (p).

Zweyte Klasse. Erwerb oder Verlust eines Rechts durch ununterbrochene Fortdauer eines von menschlicher Freyheit unabhängigen Zustandes innerhalb eines bestimmten Zeitraums.

Dahin gehören die Altersstufen, durch deren Eintritt der Mensch bestimmte Rechte erwirbt (wie die Handlungsfähigkeit) oder verliert (wie den Anspruch auf Restitution).

(m) *L.* 52 § 10 *pro soc.* (17. 2.), *L.* 4 *C. de aedif. priv.* (8. 10.)

(n) *L.* 2 *C. de j. emph.* (4. 66.). — *L.* 54 § 1 *L.* 56 *locati* (19. 2.).

(o) *Nov.* 1 *C.* 4.

(p) *L.* 2 § 43 *ad Sc. Tertull.* (38. 17.). Diese Regel bestand nur, so lange die Mutter das durch das Senatusconsult verliehene jus singulare in Anspruch zu nehmen hatte, um ein Erbrecht vor den Agnaten zu erlangen. Jetzt erbt sie nach gemeinem Recht, so wie jeder andere Ascendent, also ohne jene Beschränkung.

Die Achtzehen Jahre nothwendiger Differenz im Lebensalter des Adoptivvaters und des Kindes.

Die Rückforderung mancher Theile einer Dos, welche erst möglich ist, nachdem der Zustand aufgelöster Ehe eine bestimmte Zeit gedauert hat (q).

Dritte Klasse. Verknüpfung der Rechte mit ganz individuellen Zeitverhältnissen, wobey also gar nicht von der Erfüllung eines ganzen Zeitraums, sey es durch menschliches Thun oder Lassen, sey es durch zufällige Zustände, die Rede ist.

Dahin gehört die zweyfache Schadensrechnung bey der actio Legis Aquiliae, indem es dem Kläger gestattet ist, innerhalb des letzten Monats, in einigen Fällen innerhalb des letzten Jahres, denjenigen Zeitpunkt auszuwählen, welcher seine Ansprüche am Höchsten stellt.

Ferner die Präsumtion der Paternität, daran geknüpft daß in einem bestimmten Zeitraum vor der Geburt des Kindes, aber nicht nothwendig in diesem ganzen Zeitraum, die Mutter in der Ehe gelebt hat.

Endlich auch folgende Fälle, die man mit Unrecht als Klagverjährungen anzusehen pflegt. Das Interdict de itinere hängt davon ab, daß der Kläger im letzten Jahr den Weg wenigstens an Dreyßig Tagen gebraucht hat (r); das Interdict de aqua ist an den einmaligen Gebrauch

(q) Nach altem Recht annua, bima, trima die bey fungiblen Sachen; nach neuerem Recht vom Ablauf Eines Jahres an bey der ganzen Dos, mit Ausnahme der Dotalgrundstücke, die sogleich zurück zu geben sind.

(r) *L.* 1 § 2. 9 *de itin.* (43. 19.).

der Wasserleitung im letzten Jahr geknüpft (s); das alte Interdict utrubi sollte gelten, wenn der Kläger innerhalb des letzten Jahres länger als sein Gegner die Sache besessen hatte (t). Diese Zeitbestimmungen enthalten keine Klagverjährung, da sie nicht den Verlust eines Klagerechts durch dessen versäumte Ausübung vorschreiben, worin das Wesen der Klagverjährung besteht; vielmehr ist der Sinn der Regel der, daß nur unter Voraussetzung jener Zeitverhältnisse ein wahrer, durch Interdicte zu schützender, Besitz angenommen werden soll.

Die hier nach drey Klassen dargestellten Fälle kommen darin überein, daß eine allgemeine Rechtsregel das Daseyn eines Rechts mit irgend einem Zeitverhältniß in Verbindung gesetzt hat. Etwas Ähnliches kann nun auch, ohne allgemeine Rechtsregel, durch individuellen Willen bewirkt werden; und zwar durch richterliches Ermessen, bey denjenigen Prozeßfristen die nicht schon gesetzlich vorgeschrieben sind; durch den Willen des Souveräns bey ertheilten Moratorien: eben so durch den in einem Testament oder Vertrag ausgedrückten Parteywillen (u). Diese Fälle sind von den oben dargestellten in ihrem Wesen verschieden, darin aber ihnen ähnlich, daß bey beiden das

(s) *L.* 1 § 4. 31. 34 *de aqua* (43. 20.).

(t) *L.* 1 *pr. de utrubi* (43.31.), Gajus IV. § 150—152. Im neuesten Recht ist bekanntlich diese Regel aufgehoben, und es tritt nun dieselbe reine Klagverjährung ein, wie bei dem Interdict uti possidetis.

(u) Von diesen letzten Fällen ist schon oben gehandelt worden § 125—127.

gleiche Bedürfniß einer genaueren Bestimmung der einschlagenden Zeitverhältnisse eintritt (v).

Es ergiebt sich aus dieser Übersicht, daß die Fälle, die hier als erste Klasse bezeichnet wurden, bey Weitem die wichtigsten sind; über diese sollen nun einige allgemeine Betrachtungen hinzugefügt werden. Man kann zuerst die Frage aufwerfen, warum überhaupt an die fortgesetzte Thätigkeit oder Unthätigkeit, der Erwerb und Verlust von Rechten geknüpft werde? Der allgemeinste Beweggrund solcher Bestimmungen liegt in dem Bedürfniß, das Daseyn der Rechtsverhältnisse, insbesondere den Umfang eines jeden Vermögens, auf eine sichere, unzweifelhafte Weise festzustellen, welches dadurch geschieht, daß die an sich unvermeidliche Ungewißheit in möglichst enge Zeitgränzen eingeschlossen wird. Dieses ist der wahre Zweck der Usucapion, der Klagverjährung, der Prozeßfristen, und aller anderen in der ersten Klasse zusammen gefaßten Vorschriften. Zu diesem Beweggrund, den man als den positiven bezeichnen kann, tritt nun noch ein negativer hinzu, der gewöhnlich als Strafe der Nachlässigkeit ausgedrückt wird. Durch diesen Ausdruck könnte man verleitet werden, die hier eintretende Unthätigkeit als an sich widerrechtlich und strafbar, oder wenigstens als schädlich zu betrachten, weshalb sie durch künstliche Mittel ver-

(v) Neuere Schriftsteller haben die hier zuletzt erwähnten Fälle durch die nicht glücklich gewählten Ausdrücke praescriptio judicialis, testamentaria, conventionalis bezeichnet, um sie unter den allgemeinen Verjährungsbegriff zu subsumiren.

hütet werden müsse. So ist es in der That nicht, vielmehr liegt in dem so bezeichneten negativen Beweggrund blos eine Rechtfertigung solcher Bestimmungen gegen den Vorwurf, daß ein nützlicher Zweck durch die willkührliche Beeinträchtigung Derjenigen, die hier Etwas ohne ihren Willen verlieren, erreicht werde. Denn indem durch Usucapion sicheres Eigenthum, durch Klagverjährung Sicherheit gegen fernere Ansprüche, bewirkt wird, kann allerdings einem bisherigen Eigenthümer oder Glaubiger sein Eigenthum oder seine klagbare Forderung entzogen werden. Allein dieses Verfahren wird dadurch gerechtfertigt, daß es in der Macht des Berechtigten steht, den gedrohten Verlust durch seine freye Thätigkeit abzuwenden, weshalb er sich den Verlust selbst zuzuschreiben hat, wenn er dieses unterläßt; Das ist es, was durch den Ausdruck: Strafe der Nachlässigkeit bezeichnet werden soll. Allerdings wird hierdurch ein indirecter Zwang zur Thätigkeit gegen den Berechtigten ausgeübt; es ist dieses ein Opfer, welches Jeder für den oben angegebenen gemeinnützigen Zweck zu bringen hat.

Zu diesen Beweggründen tritt noch ein ganz verschiedener, der von großer praktischer Wichtigkeit, wiewohl von etwas eingeschränkterer Anwendbarkeit ist. In vielen Fällen der Usucapion (nicht in allen) wird in der That kein Eigenthum verändert, sondern nur für die längst eingetretene Veränderung der zufällig fehlende Beweis ersetzt. Eben so liegt in vielen Fällen der Klagverjährung

kein wirklicher Verlust des bis dahin fortdauernden Klagrechts, sondern es war schon längst auf andere Weise die Schuld selbst (also auch die Klage) getilgt, und die Klagverjährung dient jetzt blos dazu, den fehlenden Beweis dieser Tilgung zu ersetzen. Insofern kann man die Usucapion als ein präsumtives Eigenthum, die Klagverjährung als eine Präsumtion der Tilgung einer Schuld auffassen. Diese Ansicht ist wahr und wichtig, nur muß man sich hüten, derselben eine zu allgemeine Anwendung beyzulegen, da sie auf viele einzelne Fälle, theils wegen der individuellen Umstände, theils wegen der allgemeinen Natur vieler Klagen, gar nicht paßt. Außer der Usucapion und der Klagverjährung ist davon gar keine Anwendung zu machen; namentlich würde bey den Fristen der bonorum possessio und der Restitution, so wie bey den Prozeßfristen, die Annahme einer solchen Präsumtion eben so grundlos als unfruchtbar seyn.

Endlich ist auch von Manchen die Dereliction als Grund der zur ersten Klasse gehörenden Rechtsregeln angegeben worden (w). Darin kann nur die Behauptung liegen, daß in diesen Fällen der früher Berechtigte, der ein Recht verliert, den wirklichen Willen gehabt habe sein Recht aufzugeben. Die Annahme eines solchen Willens ist jedoch in den meisten Fällen völlig willkührlich und grundlos;

(w) Die Dereliction wird schon von Grotius II 4 § 7. 9 als Grund aufgestellt, jedoch nur für die unvordenkliche Verjährung, und nur unter souveränen Staaten. Allgemein geschieht es bey Hegel § 64 Zusatz.

vorzüglich bey dem Eigenthum, wobey allein der Ausdruck Dereliction gebilligt werden könnte. In den wenigen Fällen aber, worin jene Annahme wirklich zugelassen werden kann, wird sie sich auf den allgemeineren Grund der präsumtiven Erwerbung oder Tilgung zurück führen lassen, indem sie dann etwa eine Entsagung in sich schließen wird, die auch schon für sich, unabhängig von dem Zeitablauf, das Recht hätte aufheben können. Es ist also gerathener, diesen Grund gar nicht geltend zu machen, um so mehr als darin einem ganz bestimmten juristischen Kunstausdruck eine ungehörige Ausdehnung gegeben wird.

Aus diesen Betrachtungen ergiebt es sich, daß für die hier zusammen gestellten Fälle ein allgemeines Bedürfniß solcher Zeitbestimmungen allerdings vorhanden ist, welches jedoch nur in ganz positiven Rechtsregeln seine Erledigung finden kann. Bey der Aufstellung dieser positiven Regeln sind von dem Gesetzgeber folgende Gesichtspunkte zu beachten. Erstlich sind darin die Extreme zu vermeiden, so daß die Fristen weder zu lang, noch zu kurz bestimmt werden dürfen; wobey sich von selbst versteht, daß ein sehr freyer und weiter Spielraum für jede aufzustellende Regel übrig bleibt. Zweytens sind die Zeiträume genau, klar und einfach zu bestimmen, damit die Anwendung auch dem Nichtjuristen, auf dessen freye Thätigkeit es zunächst ankommt, so viel möglich erleichtert werde.

§. 178.

VI. Zeit. Einleitung. (Fortsetzung.)

Die wichtige Rechtslehre, für welche im vorhergehenden Paragraphen die allgemeinen Gesichtspunkte aufgestellt worden sind, hat bey den neueren Rechtslehrern eine sehr willkührliche Behandlung erfahren, deren nachtheilige Folgen nur durch eine sorgfältige kritische Untersuchung mit Sicherheit beseitigt werden können.

Es ist schon oben bemerkt worden, wie nahe es liegt, die Usucapion und die Klagverjährung durch willkührliche Abstraction in ganz allgemeine Begriffe zu verwandeln: jene in einen Erwerb von Rechten überhaupt vermittelst der fortgesetzten Ausübung; diese in einen Verlust von Rechten überhaupt vermittelst der fortwährend versäumten Ausübung. Dieser letzte Begriff erhielt sogleich eine umfassende Anwendung dadurch, daß er die übrigen Fälle, welche oben in der ersten Klasse zusammen gestellt worden sind, in sich unmittelbar aufzunehmen fähig war. Allein es bedurfte nur eines kleinen Schrittes, um beide Begriffe als Arten einer und derselben Gattung aufzufassen. Denn auch bey der Usucapion findet sich neben dem Erwerb des Eigenthums zugleich der Verlust desselben von Seiten des früheren Eigenthümers (a). Legt man nun diesen Verlust

(a) Für das neueste Recht, in welchem nur noch die b. f. possessio Grundlage der Usucapion seyn kann, ist diese Ansicht allgemein wahr, für das ältere Recht keineswegs. Denn wenn das in bonis durch Usucapion in ein ex jure Quiritium verwandelt wurde,

zum Grund der Betrachtung, so erscheint auch die Usucapion als gleichartig mit der Klagverjährung, und sie äußert nur dadurch eine höhere Wirkung, daß in ihr neben dem Verlust durch Unthätigkeit auch noch ein Erwerb durch Thätigkeit wahrgenommen wird.

Diese Auffassung ist es, welche von unsren Juristen seit alter Zeit in folgender Weise ausgedrückt wird. Es giebt eine Veränderung in Rechten überhaupt, gegründet auf Zeitlauf, wenn nämlich der Berechtigte sein Recht eine Zeit lang auszuüben versäumt; jede Veränderung dieser Art heißt praescriptio, Verjährung. Sie umfaßt zwey Arten, je nachdem blos der Unthätige sein Recht verliert, oder ihm gegenüber ein Anderer dasselbe Recht erwirbt; die erste heißt praescriptio exstinctiva, erlöschende Verjährung, die zweyte heißt adquisitiva, erwerbende Verjährung; und da die Usucapion als eine Art der praescriptio angesehen wird, so ist es sehr natürlich, dieselbe nun auch als *rei* praescriptio, *rem* praescribere, zu bezeichnen (b). Diese Zusammenstellung der Begriffe ist dem Römischen Recht eben so fremd, als die zu ihrer Bezeichnung angewendeten Kunstausdrücke, und auch das canonische Recht

so stand nicht dem Erwerber ein bisheriger Eigenthümer gegenüber, der sein Eigenthum durch Versäumniß verlor, und durch Thätigkeit erhalten konnte; denn das nudum jus Quiritium konnte durch keine wirksame Klage gegen die Folgen der Usucapion geschützt werden.

(b) Rave de praescriptionibus § 1. 5. Höpfner § 393. Thibaut Pandekten § 1002. 1003. Mühlenbruch § 122. 123. — Überall im Wesentlichen Dasselbe, und nur in einzelnen Ausdrücken verschieden.

enthält dieses Alles nur in einem beschränkten Anfang, keinesweges in der hier dargestellten Ausbildung. Bevor aber Dieses deutlich gemacht werden kann, ist es nöthig die wichtigen Folgen anzugeben, welche aus jener irrigen Auffassung hervor gehen.

Die erste Folge besteht darin, daß nunmehr alle Fälle, welche oben in der ersten Klasse zusammen gestellt worden sind, nach ganz gleichen Rechtsregeln beurtheilt werden müssen; denn diese Rechtsregeln sollen für die praescriptio aufgestellt seyn, und unter die praescriptio sollen eben alle jene Fälle gehören. So lange diese praktische Identificirung auf die Usucapion im Verhältniß zur Klagverjährung beschränkt bleibt, ist der Irrthum weniger merklich, da diese ohnehin, historisch und praktisch, einander so nahe verwandt sind. Allein wenn nicht alle Consequenz aufgeopfert werden soll, müssen auch die Prozeßfristen, die Fristen der bonorum possessio u. s. w., nach derselben Regel der praescriptio, wie die Klagverjährung, behandelt werden, und dabey wird freylich die Sache um Vieles bedenklicher.

Eine zweyte, noch gefährlichere, Folge aber besteht darin, daß jener Begriff, seiner Allgemeinheit wegen, eine Anwendung auf alle denkbaren Fälle ausgeübter oder versäumter Rechte zuläßt, also auch auf solche Fälle, worin unser positives Recht überhaupt keine Veränderung als Folge derselben anerkannt, dem Zeitlauf also gar keinen Einfluß eingeräumt hat. In dieser Hinsicht jedoch ist je-

ner Begriff noch einer zweyfachen Auffassung empfänglich. Man kann ihm eine blos formelle und hypothetische Natur beylegen, seinen Inhalt also zunächst unbestimmt lassen, so daß dann nur die ohnehin im positiven Recht anerkannten Fälle unter denselben bezogen werden; man kann ihm aber auch eine durchgreifende, absolute Natur geben, so daß in ihm der wichtige Satz ausgedrückt wäre, alle Rechte überhaupt seyen fähig, durch fortgesetzte Ausübung erworben, durch Versäumniß verloren zu werden. Es ist einleuchtend, daß nur mit dieser letzten Auffassung die eben erwähnte Gefahr eines praktisch so wichtigen Irrthums verbunden ist. Die meisten Schriftsteller scheinen sich die Natur dieses Gegensatzes nicht ganz klar gemacht zu haben, erklären sich wenigstens nicht deutlich darüber, welche der beiden denkbaren Bedeutungen sie dem Begriff beylegen wollen; Thibaut sagt ganz bestimmt, daß er ihn in dem ersten, ungefährlicheren Sinne nimmt, und daher trifft ihn der eben aufgestellte Vorwurf nicht (c). — Folgende Beyspiele mögen dazu dienen, diesen nicht unwichtigen Punkt anschaulicher zu machen. Im Römischen Recht findet sich keine Spur einer Begründung des Pfandrechts durch Usucapion, auch ist dazu ein inneres Bedürfniß nicht vorhanden; jener durchgreifende Begriff aber muß allerdings dazu führen, und in der That haben mehrere Schriftsteller eine solche Usucapion behauptet (d). — Eben so

(c) Thibaut a. a. O., und in der Schrift über Besitz und Verjährung S. 63 fg.

(d) Glück B. 18 S. 195.

fehlt es an einem Bedürfniß zur Errichtung von Obligationen durch Usucapion, die gleichfalls aus jenem abstracten Begriff gefolgert werden könnte; das Preußische Landrecht, welches den in unbestimmter Allgemeinheit gefaßten Begriff einer Verjährung von unsren Schriftstellern des gemeinen Rechts angenommen hat (e), läßt nun in der That auch eine Schuldforderung dadurch entstehen, daß ein vermeyntlicher Glaubiger dreyßig Jahre hindurch Zinsen einer gar nicht vorhandenen Schuld bezogen hat (f).

Die Entstehung, und besonders die Befestigung dieser irrigen Begriffe steht im genauen Zusammenhang mit den in dieser Lehre eingeführten unächten Kunstausdrücken, die nun noch besonders zu betrachten sind. Praescriptio nämlich soll heißen ein Erwerb oder Verlust von Rechten, herbeygeführt durch Zeitlauf. Es heißt aber in unsren Rechtsquellen niemals Erwerb oder Verlust, sondern stets genau so viel als exceptio, Einrede, mit welchem Ausdruck es daher überall unbedenklich verwechselt werden darf, ohne daß der Sinn einer Rede dadurch verändert würde (g). Eine Exception nun kann unter andern auch durch versäumte Ausübung eines Klagerechts herbeygeführt werden, und insofern bezeichnet allerdings praescriptio die Einrede aus einer Klagverjährung; jedoch (eben so wie exceptio) niemals da wo der Ausdruck allein steht, sondern immer

(e) A. L. R. I. 9 § 500—502.
(f) A. L. R. I. 11 § 839.
(g) Dieses ist schlechthin zu behaupten für die Quellen des Justinianischen Rechts; wie sich dieser Sprachgebrauch gebildet hat, und wie es damit früher stand, sagt Gajus IV. § 130—137.

nur vermittelſt eines Zuſatzes, der die beſondere Beziehung auf Zeit ausdrückt, alſo temporis, temporalis, triginta annorum praescriptio u. ſ. w., in welchen Fällen man ſtets auch exceptio dafür ſetzen kann. Die Stellen des Römiſchen Rechts, die man für einen anderen Sprachgebrauch noch neuerlich geltend gemacht hat, beweiſen denſelben in der That gar nicht (h). Nur Das muß zugegeben werden, daß in Einer Conſtitution von Juſtinian temporalis exceptio in einem ſo weiten Sinn gebraucht wird, daß es auch die Uſucapion in ſich ſchließt (i). Allein theils ſteht Dieſes mit der Bedeutung des ohne Zuſatz gebrauchten Wortes praescriptio in gar keiner Verbindung, theils kann eine ſolche einzelne Stelle nicht die totale Umänderung des geſammten Sprachgebrauchs darthun. Es gehört zu der im neueren Recht ſtets fortſchreitenden materiellen Annäherung der Uſucapion und der Klagverjäh-

(h) So z. B. ſagt *L.* 2 *C. ne de statu* (7. 21.): „Si .. ante quinque annos .. decessit, *praescriptioni locus erit;*" das heißt: dann iſt eine Einrede begründet. Allerdings iſt nun dieſe Einrede keine andere, als die der verjährten Klage, aber das liegt nicht in dem Wort praescriptio, ſondern in dem Zuſammenhang mit den vorhergehenden Worten. Eben ſo verhält es ſich mit *L.* 7 *C. eod.*, *L.* 1 § 4 *D. eod.* (40. 15.), *L.* 1 *in f. C. de bonis maternis* (6. 60.).

(i) *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.). „Omnis autem temporalis exceptio, *sive per usucapionem inducta*, sive per X. vel XX. annorum curricula ... sit introducta" .. Dieſer ungenauere Sprachgebrauch erklärt ſich daraus, daß ſeit Aufhebung des ordo judiciorum das Intereſſe ſehr vermindert war, das in der eigentlichen exceptio liegende beſondere Schutzmittel eines Beklagten von jeder anderen Vertheidigung deſſelben ſtreng zu unterſcheiden. Hieraus erklärt ſich denn auch der etwas ſchwankende Ausdruck in der oben (§ 177. a) angeführten *L.* 2 *C. de l. t. pr. quae pro lib.* (7. 22.).

rung; bis zu welchem Punkte aber die Verschmelzung in der That anzunehmen ist, gehört zu den speciellen Untersuchungen, die nur im Zusammenhang der Lehre von der Usucapion mit Erfolg angestellt werden können.

Der hier bekämpfte falsche Sprachgebrauch findet sich, seiner Grundlage nach, schon bey den Glossatoren des zwölften Jahrhunderts (k). Aus ihnen ist er in das canonische Recht übergegangen, jedoch ist er auch hier nicht weiter geführt, als um die Usucapion mit der Klagverjährung unter einem gemeinsamen Gattungsbegriff zu vereinigen. Zwar ist der Fehler dieses Sprachgebrauchs im sechzehenten Jahrhundert auf das Gründlichste nachgewiesen worden (l); aber diese gesunde Kritik ist so wenig durchgedrungen, daß vielmehr erst die späteren Schriftsteller die Begriffe zu der oben gerügten noch gefährlicheren Allgemeinheit ausgebildet haben, durch deren abstracte Gestalt sie sich täuschen ließen, sie für eine fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung anzusehen.

Erwägen wir mit unbefangenem Sinn diese sicheren Thatsachen, so müssen wir uns überzeugen, daß es am

(k) Placentinus, SummaCod., tit. de praescr. longi temporis: „Praescriptio est exceptio *ex tempore causam trahens*" und nachher in demselben Titel: „praescribitur *res* immobilis, non mobilis." Azo stellt in der Summa zu jenem Titel dieselbe Definition auf, wie Placentin, doch ohne diesen zu nennen.

(l) Muretus Comm. in Inst., ad rubr. tit. de usuc. — Donellus Lib. 5 C. 4 § 14. — Cujacius paratit. Dig. XLIV. 1, paratit. Cod. VIII. 35, prooem. opusc. de diversis temp. praescr. Anderwärts freylich schwankt er wieder etwas. Notae ad Inst., pr. J. de usucap.

Räthlichsten ist, den reinen Sprachgebrauch der Quellen des Römischen Rechts wieder herzustellen, in der Sache selbst aber den allgemeinen Verjährungsbegriff völlig aufzugeben, wodurch eine Einheit unter sehr ungleichartigen Rechtsinstituten erkünstelt werden soll. Allerdings haben diese Institute Berührungen unter einander, es kann auch vielleicht bey manchem das Bedürfniß entstehen, eine Rechtsregel anzuwenden, die eigentlich für ein anderes derselben eingeführt ist; dieses mag dann auf dem Wege analogischer Fortbildung des Rechts geschehen, nur nicht auf dem Wege der Subsumtion dieser Institute unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff. Der wichtige Unterschied dieser beiden Arten des Verfahrens besteht darin, daß uns die analogische Anwendung zu einer kritischen Rechtfertigung für jeden einzelnen Fall nöthigt, anstatt daß uns jene Subsumtion einer solchen Mühe überhebt, indem sie Alles mit Einem Schlage abmacht, dabey aber freylich die Wahrheit des Ergebnisses dem Zufall überläßt. Zwar könnte man versuchen, die Darstellung der neueren Schriftsteller durch die Behauptung rechtfertigen zu wollen, das canonische Recht habe den beschränkten Gesichtspunkt des Römischen Rechts durch einen weiteren ersetzt und verbessert, so daß jene Darstellung in der That auf dem Boden des positiven Rechts ruhe. Diese Rechtfertigung muß jedoch aus zwey Gründen verworfen werden: Erstlich weil, wie gezeigt worden ist, das canonische Recht niemals den abstracten Verjährungsbegriff, welcher bey neue-

ren Schriftstellern erscheint, und worin die eigentliche Gefahr des Irrthums liegt, in sich aufgenommen hat; zweytens weil die Verfasser der Decretalen weit entfernt davon waren, eine neue Theorie aufstellen zu wollen. Sie gaben getreulich wieder, was sie von ihren Lehrern, den Legisten, empfangen hatten, und wenn wir uns genöthigt sehen, deren Lehre zu berichtigen, so erstreckt sich diese Berichtigung, so weit von theoretischer Ansicht die Rede ist, auch auf den Inhalt der Decretalen; was aber in diesen an praktischen Vorschriften neu aufgestellt worden ist, das soll auch von uns als wirksam anerkannt werden. Durch ein solches Verfahren handeln wir gewiß im Sinn der Verfasser des canonischen Rechts. — Neuerlich ist der Versuch gemacht worden, den gewöhnlichen Verjährungsbegriff durch eine Art von Vermittlung zu retten. Man hat ihn nämlich durch willkührlich hinzugefügte Merkmale etwas beschränkt, wodurch einige der oben zusammen gestellten Rechtsinstitute in ihm enthalten blieben, andere ausgeschlossen wurden (m). Auch dieser Versuch muß

(m) Unterholzner Verjährungslehre § 1 stellt den Begriff dahin auf: Verjährung sey eine Veränderung in Rechten, welche hauptsächlich als Folge der zeitlich fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung angesehen werden müsse. Dadurch will er ausschließen die Verwirkung durch Rechtswidrigkeit, wohin auch (als contumacia) die Versäumniß richterlicher Fristen gehört: ferner die Versäumniß der Appellationsfrist, denn dadurch werde nur ein Hinderniß der Wirksamkeit des Urtheils weggeräumt, so daß dieses, und nicht der Zeitablauf, als positiv wirkende Ursache einer Rechtsänderung anzusehen sey. — Es leuchtet sogleich ein, wie wenig auf diesem Wege eine sichere Gränze für die Anwendung des Begriffs gewonnen werden kann, selbst wenn man von der völli-

verworfen werden, und zwar nicht blos wegen der gezwungenen Ausführung, sondern wegen der Natur des Gedankens selbst, welcher ganz den Character einer halben Maasregel hat, den Irrthum also zwar quantitativ vermindert, aber nicht von Grund aus beseitigt.

Es ist jedoch noch zu bemerken, daß unter dem Einfluß jener, im Allgemeinen verwerflichen, Ansichten ein einzelnes Rechtsinstitut ausgebildet worden ist, dessen Realität wir anerkennen müssen, da es in der Praxis der Gerichte längst festen Boden gewonnen hat: die unvordenkliche Zeit. Das Daseyn dieses Instituts ist also durch eine allgemeine Gewohnheit gesichert, welches uns jedoch nicht hindern kann, die Bedingungen und Gränzen desselben durch wissenschaftliche Kritik festzustellen. Dazu wird, wegen der sehr umfassenden Natur dieses Instituts, nur hier die rechte Stelle gefunden werden können, weshalb es am Ende der Lehre von der Zeit dargestellt werden soll.

§. 179.

VI. Die Zeit. 1. Der Kalender.

Die Behandlung der im § 177 zusammen gestellten Rechtsinstitute beruht auf der Messung der für sie durch Rechtsregeln bestimmten Zeiträume, wozu ein sicherer, gleichförmiger Maasstab erforderlich ist. Wir entnehmen denselben aus dem, allen unsren Lebensverhältnissen (auch

gen Willkührlichkeit dieser Bestimmung des Begriffs absehen wollte.

den nicht juristischen) zum Grunde liegenden, chronologischen System, welches auf astronomischen Gesetzen beruht, und dessen Darstellung der Kalender genannt wird. Haben wir also ein von Zeitbestimmungen abhängiges Rechtsverhältniß zu beurtheilen, so geschieht dieses dadurch, daß wir die zeitliche Erscheinung desselben mit den im Kalender unabänderlich bestimmten Zeiträumen vergleichen, und darnach abmessen. Allein die Gränzpunkte der in Rechtsverhältnissen vorkommenden Zeiträume beruhen theils auf freyen Handlungen, theils auf Naturereignissen, und es geschieht daher nur selten und zufällig, daß diese Zeiträume mit den im Kalender enthaltenen, in fest bestimmte Gränzen eingeschlossenen, Zeiträumen unmittelbar zusammen fallen. Es bedarf demnach für jeden gegebenen Fall einer künstlichen Reduction des von einem zufälligen Anfang ausgehenden Zeitraums auf die im Kalender enthaltenen Zeitabschnitte; für diese Reduction hat unser positives Recht theils allgemeinere Regeln vorgeschrieben, theils eine anomalische Behandlung, die in einigen besonderen Fällen ausnahmsweise eintreten soll. Ich nenne die im Kalender enthaltenen Zeitabschnitte die Kalenderzeit (Kalenderjahr, Kalendertag u. s. w.), die in einzelnen Rechtsverhältnissen vorkommenden Zeiträume die bewegliche Zeit (bewegliches Jahr, Tag u. s. w.)(a). Es ergiebt sich

(a) Neuere juristische Schriftsteller haben dem Kalendertag den Zeittag entgegen gesetzt, welche Benennung mir ganz unpassend scheint, da der Kalendertag gleichen Anspruch auf diesen Namen hat. Ich halte die im Text angegebene Bezeichnung für die an-

hieraus, daß die juristische Lehre von der Zeit auf folgende Gegenstände zu richten ist:

1) Der Kalender.
2) Regelmäßige Reduction der beweglichen Zeit auf die Kalenderzeit.
3) Civile Zeitrechnung.
4) Utile tempus.
5) Schalttag.

} Anomalische Reduction.

6) Unvordenkliche Zeit (§ 178).

---

1. Der Kalender.

L. Ideler Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie, zwey Bände, Berlin 1825. 1826. 8.

Zwey von einander unabhängige Gründe nöthigen uns, von der Geschichte des Römischen Kalenders auszugehen: erstens, weil ohne ihn unsre Rechtsquellen nicht verstanden werden können, zweytens weil unser heutiger Kalender in der That der Römische ist, nur mit einer Modification, die in der fortlaufenden Anwendung auf unsre Lebensverhältnisse völlig unmerklich ist.

schaulichste; sonst könnte man den Gegensatz auch durch die Ausdrücke: feste, und willkührliche Zeit bezeichnen. — Die Astronomen nehmen den Ausdruck bewegliches Jahr in einem anderen Sinn, nämlich für ein Jahr von genau 365 Tagen ohne alle Einschaltung, weil dasselbe in einer gewissen Zeit durch alle unsre Jahreszeiten sich hindurch bewegt. Ideler I. 67. 68.

Der älteste Kalender der Römer wird auf ein Jahr von Zehen Monaten, oder 304 Tagen gegründet, welches man das Romulische nennt. Wir können die schwierige Untersuchung über dasselbe hier auf sich beruhen lassen, da sich in den Quellen des Justinianischen Rechts keine Spuren davon erhalten haben.

Das Jahr, welches dem König Numa zugeschrieben wird, und bis auf Cäsars Zeit in steter Anwendung geblieben ist, bestand aus Zwölf Monaten, welche 355 Tage enthielten. Ein Jahr um das andere wurde ein ganzer Monat, Mercedonius genannt, eingeschaltet, welcher abwechslend 22 und 23 Tage enthielt. Die Einschaltung geschah hinter dem Tag, den wir den 23. Februar nennen, und auf welchen das Fest der Terminalia fiel, also vor dem 24. Februar, an welchem das Fest Regifugium gefeyert wurde. Dadurch wurden dem Februar Fünf Tage abgeschnitten, so daß dieser in einem Schaltjahr nur 23 Tage hatte. Jene Fünf Tage wurden als Fortsetzung des Mercedonius angesehen, welcher dadurch abwechslend 27 oder 28 Tage erhielt. Durch diese Einrichtung bekam das Jahr durchschnittlich eine Länge von $366\frac{1}{4}$ Tagen, und da diese in Vergleichung mit dem astronomischen Jahr zu groß war, so wurden, je nach Ablauf von 24 Jahren, mit einemmal 24 Tage aus dem laufenden Jahre weggelassen, wodurch sich also die Jahreslänge im größeren Durchschnitt auf $365\frac{1}{4}$ Tage stellte (b). — Dieses Jahr war nicht nur für

(b) Ideler I. 67. II. 31. 56. 59. — Die Hauptstellen der Al-

die Anwendung höchst unbequem, sondern es wurde auch noch in der Ausführung oft verdorben; theils aus Nachlässigkeit der Pontifices, denen die Aufsicht auf den Kalender zustand, theils aus parteyischer Willkühr, indem die obrigkeitlichen Würden einjährig waren, und also durch Verlängerung eines Jahres die Regierungszeit der Consuln, die man gerade begünstigen wollte, erweitert werden konnte. Die Verwirrung wurde so groß, daß die Jahreszeiten zuletzt in ganz andere Monate fielen, als welche dafür bestimmt gewesen waren.

Durch die Wahrnehmung dieser Übel wurde Cäsar zu einer durchgreifenden Reform des Kalenders veranlaßt, welche noch jetzt die Grundlage des Kalenders aller christlichen Nationen bildet (c). Die Vorbereitung dazu geschah im J. 708, welches dazu benutzt wurde, die allmälig angehäufte Verwirrung zu absorbiren, zu welchem Zweck ihm 445 Tage in Fünfzehen Monaten zugetheilt wurden. Die Einführung des neuen Kalenders selbst fällt in das J. 709, das Jahr vor Cäsars Tod.

Dabey lag die Voraussetzung zum Grund, daß das astronomische Jahr genau aus 365 Tagen 6 Stunden bestehe. Cäsar bestimmte nun das Kalenderjahr auf 365 Tage und verordnete für jede vierjährige Periode die Ein-

ten sind Censorinus de die natali C. 20, und Macrobius Saturnal. I. 13. — Die eben dahin einschlagende *L.* 98 § 1. 2 *de V. S.* (50. 16.) kann erst weiter unten erklärt werden (§ 192).

(c) In der Französischen Revolution wurde bekanntlich ein ganz neuer Kalender eingeführt; nach wenigen Jahren aber stellte Napoleon den früheren wieder her

schaltung Eines Tages, welcher die oben erwähnten überschießenden Sechs Stunden in sich aufnehmen sollte. Die Stelle dieses Schalttages blieb dieselbe, an welcher früher ein ganzer Monat eingeschaltet worden war, zwischen Terminalia und Regifugium. Das so begränzte Jahr wurde in Zwölf Monate von ungleicher Länge getheilt (d).

Allein auch diese Zeitrechnung trug einen wesentlichen Fehler in sich, indem sie den Überschuß des astronomischen Jahres über das Kalenderjahr zu Sechs Stunden annahm, anstatt daß er in der That nur 5 St. 48′ 48″ beträgt. Indem nun hieraus ein jährlicher Fehler von Eilf Minuten und Zwölf Secunden hervorgieng, wurde die zur Ausgleichung bestimmte Einschaltung Eines Tages zu oft vorgenommen, und dieser Fehler war im Sechzehenten Jahrhundert bereits auf volle Zehen Tage angewachsen (e).

Der Pabst Gregor XIII. wurde durch die Feststellung des Osterfestes veranlaßt, eine Prüfung und Berichtigung des Julianischen Kalenders anzuordnen (f). Man nahm jetzt das Jahr zu 365 T. 5 St. 49′ 12″ an, ließ mit einemmal die allmälig fehlerhaft eingeschlichenen Zehen

(d) Die genauere Beschreibung bey Ideler II. 118. fg. Die Hauptstellen sind Censorinus C. 20 und Macrobius Saturn. I. 14.

(e) Ideler I. 35. 66. 67.

(f) Ideler I. 74. II. 301 — 303. 322—325. An der Spize der Unternehmung stand Aloysius Lilius. — Das Osterfest, dessen Bestimmung mit dem chronologischen System nicht zusammenhängt, fällt frühestens den 22. März, spätestens den 25. April, so daß es zwischen diesen beiden Tagen schwankt. Ideler II. 199. 317.

Tage aus dem Kalender hinweg, und bestimmte, um die Rückkehr des Fehlers zu verhüten, daß alle 400 Jahre Drey Einschaltungen übersprungen, also auf Hundert Einschaltungen stets Drey weggelassen, werden sollten (g). Diese Verbesserung des Kalenders wurde 1581 verordnet, im folgenden Jahre in Rom eingeführt, und innerhalb der nächsten Zehen Jahre von dem Kaiser, dem katholischen Theil von Deutschland, Schweiz und Niederlanden, so wie in Italien, Spanien, Polen und Ungarn angenommen. Dagegen fand sie, als von Rom ausgehend, lange Zeit keinen Eingang in denjenigen Ländern, welche sich zum protestantischen oder zum griechischen Glauben bekennen. Endlich wurde sie 1700 und 1701 im protestantischen Theil von Deutschland, Schweiz und Niederlanden, so wie in Dänemark, 1752 in England, 1753 in Schweden anerkannt. Die Russen, so wie die übrigen, der griechischen Kirche angehörenden, Länder sind bey dem unveränderten Kalender Cäsars geblieben. Hierin liegt der Unterschied des alten und neuen Styls, oder des Juliani-

(g) Die Säcularjahre 1600, 2000, 2400 u. s. w. sollten Schaltjahre bleiben, die jedesmal dazwischen liegenden Drey Säcularjahre, wie 1700. 1800. 1900, dann 2100. 2200. 2300. u. s. w., welche nach dem Julianischen Kalender gleichfalls Schaltjahre wären, sollten ausfallen. — Noch immer war hier das Jahr um 24 Secunden zu groß angenommen, indessen ist dieser Fehler so gering, daß er erst nach Ablauf von 3600 Jahren zu einem ganzen Tag angewachsen seyn wird. Um ihn völlig zu vermeiden, müßte man alle Neun Jahrhunderte Sieben Einschaltungen ausfallen lassen, anstatt daß jetzt in Vier Jahrhunderten Drey ausfallen. (Ich darf mich wegen dieser Äußerung auf Idelers brieflich ausgesprochene Zustimmung berufen).

schen und Gregorianischen Kalenders, und es ergiebt sich aus dieser Übersicht, daß die Differenz fast mit jedem Jahrhundert wachsen muß (h). Es ist jedoch gleich hier wohl zu bemerken, worauf sich dieser Unterschied beschränkt. Er besteht lediglich in den mehr oder weniger häufig eintretenden Schaltjahren; in allem Übrigen ist gar Nichts geändert, folglich der frühere Julianische Kalender, auch da wo er ganz willkührliche Bestimmungen enthält, völlig beybehalten worden. Von dieser Bemerkung wird weiter unten eine praktische Anwendung gemacht werden.

§. 180.

VI. Die Zeit. 1. Der Kalender. (Fortsetzung.)

Nach dieser historischen Übersicht sollen nunmehr die wesentlichen Theile unsres Kalenders einzeln betrachtet werden; sie bestehen in dem Tag, dem Monat, und dem Jahr.

Der Tag ist der Zeitraum, in welchem eine vollständige Umdrehung der Erde um ihre eigene Achse Statt findet. Die Länge dieses Zeitraums ist nach Jahreszeiten wechselnd, indem sie im Februar und November nach zwey verschiedenen Seiten von dem mittleren Durchschnitt um mehr als Fünfzehen Minuten abweicht, so daß die größte

(h) Über die Geschichte der Kalenderverbesserung sind die in der Note f angeführten Stellen von Ideler zu vergleichen. — Wenn die Russen auch ferner an dem reinen Julianischen Kalender fest halten, so werden sie etwa um das Jahr Christi 24000 im Januar die Erndte halten, und im Julius auf Schlitten fahren.

Differenz unter zwey wirklich vorkommenden Tageslängen mehr als Dreyßig Minuten beträgt (a). — Der Anfangspunkt des Tages ist an sich willkührlich, weshalb er auch bey verschiedenen Völkern ganz abweichend angenommen worden ist. Die Römer haben ihn auf Mitternacht gesetzt, und wir haben diese Bestimmung beybehalten; an sich ist sie die unbequemste von allen, weil sie mit keiner unmittelbaren Beobachtung des Himmels zusammenhängt. Der Tag besteht aus zwey natürlichen Abschnitten von meist ungleicher, und zwar stets wechselnder Länge: dem Lichttag (lux, dies naturalis), und der Nacht (nox). Der ganze Zeitraum von Mitternacht zu Mitternacht heißt dies civilis (b).

Das Jahr besteht genau aus 365 Tagen, da der kleine Überschuß von wenigen Stunden zunächst unbeachtet bleibt, und erst, wenn er sich zu einem vollen Tage angesammelt hat, unter der Form eines Schalttages berücksichtigt wird. Dieser Zeitabschnitt kommt mit dem des Tages darin überein, daß er einen allgemeinen astronomischen Grund hat, zugleich aber Gegenstand der allgemeinsten Wahrnehmung und von dem größten Einfluß auf die Verhältnisse des menschlichen Lebens ist. — Der Anfangspunkt desselben ist an sich gleichgültig, und könnte, neben

(a) Ideler I. 36—38. Darauf gründet sich der Unterschied der mittleren und der wahren Zeit.

(b) *L.* 8 *de feriis* (2. 12.) von Paulus. — Censorinus C. 23. Macrobius Saturn. I. 3. Vergl. Gellius III. 2, Plinius hist. nat. II. 79. Bey Varro de re rust. I. 28 scheint dies civiles die Tage nach der Eintheilung und Bezeichnung des Römischen Kalenders zu bedeuten.

dem hier dargestellten Kalender, auf die verschiedenste Weise bestimmt werden. In der That finden sich hierin, vom Mittelalter her, in verschiedenen Ländern folgende ganz abweichende Einrichtungen. Der Anfang wurde nämlich gesetzt bald auf den 1. Januar (Beschneidung), bald auf den 1. März, den 25. März (Empfängniß), auf das stets wechselnde Osterfest, oder auf den 25. December (Christi Geburt) (c). In neueren Jahrhunderten ist man sehr allgemein zu dem 1. Januar als Anfang des Jahres zurück gekehrt, und diese allgemeine Übereinstimmung ist auch in der That von Wichtigkeit, weil nur durch sie die sonst unvermeidliche Verwirrung in der Zeitrechnung verhütet werden kann.

Der Monat steht, als Zeitabschnitt, in der Mitte zwischen dem Tag und dem Jahr. Er beruht auf einer Eintheilung des Jahres in Zwölf Theile, die jedoch von ungleicher Länge sind. Sieben derselben haben 31, Vier haben 30, Einer in gewöhnlichen Jahren 28, in Schaltjahren 29 Tage. Daß man gerade Zwölf Theile, also auch den daraus hervorgehenden Umfang der Monate, angenommen hat, beruht allerdings nicht auf bloßer Willkühr, sondern auf der Beachtung des Mondwechsels; jedoch ist die Übereinstimmung mit diesem nur eine sehr allgemeine und ungenaue (d). Bey der Begränzung unsrer

(c) Ideler II. 325—343.

(d) Der astronomische Monds-Monat beträgt nämlich genau 29 Tage 12 St. 44′ 3″, trifft also mit keinem unsrer Kalendermonate genau zusammen, mit dem Februar am Wenigsten. Ideler I. 42—44. Eine unveränderte

Monate liegt überhaupt kein durchgreifendes Princip zum Grunde; ohne Zweifel wollte Cäsar die aus dem früheren Kalender herstammenden Gewohnheiten (theilweise auf religiösen Gründen beruhend) so wenig als möglich stören, und er änderte daher an den Monaten nur so viel ab, als nöthig war, um die neue Jahresgränze, worauf ihm Alles ankam, durchzuführen. In neueren Zeiten aber hat man kein dringendes Bedürfniß empfunden, hierin Etwas zu ändern; nur mit Ausnahme des vorübergehenden Versuchs in dem republikanischen Frankreich, worin gerade die Monate am meisten geändert, und auf die gleiche Länge von Dreyßig Tagen, mit Fünf Ergänzungstagen, gebracht wurden. — Eine besondere Beachtung verdient noch die Bezeichnung der einzelnen Tage im Verhältniß zu dem Monat, dem sie angehören; dabey ist jedoch sogleich zu bemerken, daß diese dem eigentlichen Kalender völlig fremd ist, so daß die Reformen von Cäsar und Gregor XIII. daran gar Nichts geändert haben, alle wirklich eingetretene Veränderungen aber ganz unvermerkt und blos durch die Sitte bewirkt worden sind. Die Römer zerlegten den Monat in Drey ungleiche Theile, deren Gränzen durch die Kalendä, Nonä, Idus bezeichnet waren. Von diesen Gränztagen ab wurden die einzelnen dazwischen fallenden Tage gezählt, jedoch nicht vorwärts, sondern rückwärts. Die

Aufnahme jenes astronomisch bestimmten Monats, wenn man ihn auch genau kannte, war nicht möglich, weil für das wirkliche Leben nur Zeitabschnitte, die aus ganzen Tagen bestehen, brauchbar sind.

genaue Bezeichnung eines Tages wäre also z. B. gewesen: die X. ante Kalendas Januarias (für den 23. December). Allein es war üblich, die Präposition zu versetzen, indem man sagte: ante diem X. Kal. Jan., welcher Ausdruck genau dieselbe Bedeutung hat wie jener. Wenn man diese Laune des Römischen Sprachgebrauchs übersieht, und die voranstehende Präposition buchstäblich nimmt, so kommt man zu dem Irrthum, als ob ante diem X. Kal. irgend eine dem dies X. Kal. vorhergehende Zeit bezeichnen sollte, da doch immer nur dieser Tag selbst gemeynt ist (e). Eine Stelle des Römischen Rechts warnt ausdrücklich gegen dieses Misverständniß (f). Die eben

(e) Die entscheidenden Stellen über diesen Sprachgebrauch sind gesammelt bey Idelet II. 127. 128. Die Präposition war dadurch gewissermaaßen ein nichtssagender Zusatz zu der Tagesbezeichnung geworden, so daß man sie nun sogar in solchen Fällen gedankenlos anwendete, wo gar nicht zurück gerechnet werden sollte. *L.* 13 *de V. O.* „Qui *ante Kalendas proximas* stipulatur, similis est ei qui *Kalendis* stipulatur." Eben so entscheidend dafür, daß ante völlig bedeutungslos geworden war, ist die Zusammenstellung mit anderen Präpositionen, z. B. *in ante* diem IV. für in diem IV., eben so *ex ante* diem für ex die.

(f) *L.* 132 *pr. de V. S.* (50. 16.). „Anniculus amittitur qui extremo die anni moritur: et consuetudo loquendi id ita esse declarat, *ante diem X. Kalendarum*, *post diem X. Kalendarum*. Neque utro enim sermone undecim dies significantur." Ich bleibe zunächst bey dem ante stehen, das allein hierher gehört. Unter dem ante d. X. Kal. (sagt der Jurist) ist nicht etwa ein Tag jenseits des dies X. zu verstehen, so daß damit Eilf (oder noch mehr) Tage bezeichnet wären, sondern gerade der dies X. selbst. Auf ähnliche Weise steht nun auch das post diem X. für die X. post Kalendas, es ist also der zehente Januar, nicht ein Tag jenseits des zehenten, welches wieder Eilf Tage geben würde. Dieses letzte ist also eine individuelle, willkührliche, außer der gewöhnlichen Kalendersprache liegende Bezeichnung, etwa so wie wenn

erklärte Römische Bezeichnung der Monatstage hatte einen mannichfaltigen Zusammenhang mit der Volkssitte und mit der alten Religion. Diese ihre lebendige Bedeutung war im Mittelalter spurlos verschwunden, die Bezeichnung selbst erhielt sich aber, gleich als eine gelehrte Sprache, durch die Lehre und den Gebrauch der Notare. Da jedoch bey Vielen derselben die Gelehrsamkeit nicht so weit reichte, entstanden nun, nicht aus freyer Wahl, sondern aus Noth, folgende Varietäten. Entweder wurden die Tage durch Angabe der Heiligenfeste völlig individualisirt. Oder es wurden die Tage jedes Monats mit durchlaufenden Zahlen, von 1 bis 30 oder 31 (oder 28) bezeichnet. Daneben führte man in dieser letzten Bezeichnung noch die Veränderung ein, daß die Tage in der ersten Hälfte des Monats vorwärts, in der zweyten Hälfte rückwärts, vom Ende des Monats an, gezählt wurden (ingrediente, exeunte mense).

Es würde vergeblich seyn, diese verschiedene Verfahrungsarten nach Jahrhunderten, oder gar nach noch klei-

Jemand bey uns einen Wechsel ausstellte, zahlbar Drey Tage vor dem nächsten Neujahr, anstatt in unsrer Kalendersprache zu sagen: am 29. December. Daß nun in der That das post diese Bedeutung hat, zeigt *L.* 233 § 1 *de V. S.* (50. 16.). „Post Kal. Jan. d. tertio pro salute principis vota suscipiuntur," wo es eben so gut heißen könnte: post d. III. Kalendarum. Die vota aber geschahen am dritten Januar, die III. Non. Jan. Vgl. Lipsius excurs. ad Tac. ann. XVI. — Erb im civ. Mag. B. 5 S. 244 hat das post in der *L.* 132. *cit.* misverstanden, und daher eine Emendation vorgeschlagen, die eben so überflüssig, als auch sonst unzulässig ist.

neren Zeiträumen, gegen einander begränzen zu wollen, da sie viele Jahrhunderte lang neben einander angewendet wurden, regellos, wie es gerade die Kenntniß oder die Gewohnheit der einzelnen Notare mit sich brachte. In neueren Jahrhunderten, und besonders seitdem die Urkunden in den Landessprachen abgefaßt wurden, ist die Römische Weise immer mehr verlassen, die Bezeichnung nach durchlaufenden Zahlen aber endlich ausschließend angewendet worden. Diese ist indessen schon sehr alt, und sie findet sich schon recht häufig in Urkunden des siebenten und achten Jahrhunderts (f[1]). In den Kanzleyen des Römischen Hofs hat sich die altrömische Bezeichnung bis auf den heutigen Tag erhalten.

Schon aus dieser zufälligen, allmäligen, schwankenden Entstehung unsrer Weise, die Tage jedes Monats mit durchlaufenden Zahlen zu bezeichnen, muß es einleuchten,

(f[1]) Um sich davon zu überzeugen, genügt ein flüchtiger Überblick reichhaltiger, chronologisch geordneter, Urkundensammlungen. Ich will beyspielsweise auf folgende Urkunden des sechsten und siebenten Jahrhunderts mit durchgezählten Monatstagen aufmerksam machen; mehrere derselben reichen in die zweyte Hälfte des Monats hinein, enthalten also größere Zahlen. Historiae patriae monumenta, Chartarum Tom. 1, Aug. Taurinorum 1836 fol. Num. 2. 6. 7. 9. 13. Fumagalli codice diplomatico Sant-Ambrosiano, Milano 1805. 4. Num. 1. 10. 12. 15. 16. 18. 21. 23. 24. Grundfalsch ist die Darstellung von Gatterer Abriß der Diplomatik S. 369. 370. Bis gegen das große Interregnum sey die altrömische Bezeichnung allgemein gewesen, dann seyen die Heiligentage ausgedrückt worden; die durchgezählten Tage erwähnt er gar nicht. Diese Unvollständigkeit findet ihre Erklärung (nicht Rechtfertigung) darin, daß in Deutschland freylich der Gebrauch der Heiligennamen weit überwiegend vor anderen Bezeichnungen war.

daß diesem Verfahren auf die Anwendung der die Zeit betreffenden Rechtsregeln kein Einfluß zugeschrieben werden kann.

Außer den hier erklärten Zeitabschnitten, welche allein als wesentliche Stücke unsres Kalenders betrachtet werden dürfen, sind nun noch einige andere zu erwähnen.

Zuerst die Theile des Tages, also die Stunde mit ihren Unterabtheilungen. Wir theilen den Kalendertag in Vier und zwanzig gleiche Theile und nennen jeden derselben eine Stunde. Wie nun oben erwähnt worden ist, daß der Umfang des Kalendertags je nach Jahreszeiten veränderlich ist, so müssen auch an verschiedenen Kalendertagen die Stunden von ungleicher Länge seyn, nur daß hier die Verschiedenheit fast als unmerklich verschwindet. Der ganze Begriff der Stunde ist aber ein völlig willkührlicher und ohne allen Zusammenhang mit irgend einer Naturbeobachtung, so daß man den Tag eben so gut in Zehen oder Hundert Stunden hätte zerlegen können. Die Willkührlichkeit dieses Begriffs wird dadurch recht klar, daß die Römer (übereinstimmend mit anderen Völkern des Alterthums) einen zwar äußerlich ähnlichen, in der That aber völlig verschiedenen Begriff der Stunde haben. Sie theilen jedesmal den Lichttag in Zwölf gleiche Theile, die sie durchzählen; eben so auch die Nacht in Zwölf gleiche Theile, die sie gleichfalls von Eins bis Zwölf durchzählen. Dabey mußten also die Tages- und Nachtstunden

unter einander fast immer (nämlich nur mit Ausnahme der Äquinoctien) von ungleicher Länge seyn, und eben so mußte von Tag zu Tag die Länge der Stunden wachsen und abnehmen. Um sich von der Unbequemlichkeit dieser Einrichtung eine vollständige Vorstellung zu machen, muß man noch die Unvollkommenheit ihrer Sonnen-, Wasser- und Sand-Uhren hinzudenken (g). Glücklicherweise pflegt aber die Stunde als Zeitabschnitt in Rechtsregeln gar nicht vorzukommen. — Was nun hier von der Stunde gesagt worden ist, gilt eben so, und theilweise in noch höherem Grade, von den kleineren Abschnitten, der Minute, Secunde u. s. w.

Die Woche endlich liegt ganz außer dem Kalender, indem sie kein integrirender Theil des Monats oder des

(g) Censorinus C. 23. Vergl. Ideler I. 84. II. 14. 617. Doch kannten die Römer im astronomischen Gebrauch auch das, was wir Stunde nennen. Ideler I. 86. Etwas vermindert wurde für die Römer jene Unbequemlichkeit, in Vergleichung mit unsrem Norden, durch den Umstand, daß in Italien die Verschiedenheit zwischen Tag und Nacht, also auch die zwischen Sommer- und Wintertagen, sehr merklich geringer ist als in den nördlichen Ländern. — Man würde irren, wenn man die Einrichtung des neueren Italiens mit der alt Römischen für gleich halten wollte. Die Italiener haben denselben Begriff der Stunde wie wir, und sie unterscheiden sich nur in dem Anfangspunkt und in der Art der Zählung. Wir fangen an von Mitternacht und zählen zwölf Stunden fort bis Mittag; von da ab zählen wir abermals zwölf Stunden bis Mitternacht. Die Italiener fangen an mit Sonnenuntergang, und zählen von da ununterbrochen Vier und zwanzig Stunden; die Thurmuhren jedoch zeigen und schlagen häufig nur Sechs Stunden, und fangen dann wieder mit Eins an. Indessen weicht in den Städten diese Weise immer mehr der allgemeinen Europäischen Einrichtung, die dort ora Francese heißt. Vgl. auch Ideler I. 84.

Jahres ist, sondern aus einer bestimmten Zahl auf einander folgender Tage besteht, welche, sich stets wiederholend, durch die Reihe der Monate und Jahre mitten hindurch zieht. Die Römer hatten solche Aggregate von Acht Tagen, mit dem Tag der Nundinä endigend. Viele andere Völker, und namentlich die Juden (h), hatten Wochen von Sieben Tagen; diese wurden auch schon den Römern frühe bekannt, von den Christen aber bald allgemein angenommen, und sie haben bey allen christlichen Völkern durch den an der Spitze stehenden Sonntag Anerkennung und Wichtigkeit erlangt (i). Sowohl die Woche von Sieben, als die von Acht Tagen hat einen allgemeinen Grund in einer Naturbeobachtung, die sich Jedem im gewöhnlichen Leben aufdringt. Die verschiedenen Erscheinungen des Mondes nämlich führen ganz von selbst auf die Annahme von Vier gleichen Abschnitten des zwischen Zwey Vollmonden liegenden Zeitraums. Der vierte Theil aber dieses Mondsmonats fällt in die Mitte zwischen Sieben und Acht Tagen, und wollte man hierauf einen Zeitraum in einer ganzen Zahl von Tagen gründen, so konnte nur zwischen Sieben und Acht gewählt werden. Es ist also hierin, wie in unsrem Kalendermonat; es liegt eine Naturbeobachtung zum Grunde, sie konnte aber in der

(h) Bey diesen hatte die Woche von Sieben Tagen zugleich eine religiöse Bedeutung durch ihre Beziehung auf die Schöpfungsgeschichte, mit welcher der Sabbath als Schluß der Woche zusammen hängt.

(i) Ideler I. 60. 87. II. 136. 175.

Ausführung nicht genau festgehalten werden, weil für das wirkliche Leben nur ein Aggregat von ganzen Tagen brauchbar war. — In Regeln des Römischen Rechts kommt die Woche gar nicht vor; wohl aber erscheint sie schon frühe im Germanischen Recht, dann aber noch häufiger in neueren Prozeßordnungen, so wie in den von Richtern vorgeschriebenen Prozeßfristen, und in Rechtsgeschäften unter Privatpersonen. — Die Bezeichnung der einzelnen Tage im Verhältniß zur Woche, der sie angehören, geschieht auf andere Weise als bey dem Monat, nämlich nicht durch Zahlen, sondern durch individuelle Namen, die sich in jeder Woche gleichförmig wiederholen.

§. 181.

VI. Die Zeit. 2. Regelmäßige Reduction.

Wenn der Ablauf eines Zeitraums als Bedingung einer Rechtsänderung aufgestellt wird, so wird der Umfang desselben bezeichnet durch Verweisung auf die Kalenderzeit, das heißt durch den Ausdruck einer bestimmten Zahl von Tagen, Wochen, Monaten, Jahren, also von solchen Zeitabschnitten, wie sie mit festem Anfang und Ende im Kalender vorkommen. Da aber der Anfang des wirklichen Zeitraums mit dem Anfang einer entsprechenden Kalenderzeit nur zufällig und in den seltensten Fällen zusammen trifft, so muß die Anwendung durch eine Reduction vermittelt werden (§ 179), wofür nunmehr die Regeln auf-

zustellen sind. Diese Regeln selbst sind für die meisten Zeiträume einfach und unzweifelhaft, nur für den Monat sehr bestritten; allein die Ausführung der Regeln führt allgemein auf große Schwierigkeiten. Wir haben also zunächst zu untersuchen, was unter einem beweglichen Tag, Jahr, Woche, Monat zu verstehen ist.

Der bewegliche Tag ist ein Zeitraum von gleichem Umfang mit dem Kalendertag; das heißt, es wird von irgend einem zufälligen Zeitpunkt an (z. B. von der Entstehung eines Klagrechts durch Rechtsverletzung) so weit vorwärts gerechnet, daß der Zeitraum gleich groß ist mit dem zwischen einer Mitternacht und der folgenden Mitternacht liegenden Zeitraum. Dabey wird also eine gleiche Länge der Kalendertage vorausgesetzt, und obgleich diese Voraussetzung falsch ist (§ 180), so bleibt dennoch der Irrthum aus mehreren Gründen juristisch unberücksichtigt; theils weil der Unterschied sehr gering ist, und die Ausgleichung unübersteigliche Schwierigkeiten haben würde: theils weil ohnehin schon aus anderen Gründen eine besondere Maasregel des positiven Rechts nöthig wird, worin zugleich dieser kleine Irrthum seine Erledigung findet. Davon wird noch am Schluß des gegenwärtigen § die Rede sein.

Das bewegliche Jahr ist ein zusammenhängender Zeitraum von genau 365 beweglichen Tagen (a). Der kleine Überschuß des wahren Sonnenjahrs über 365 Tage wird

(a) *L.* 51 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 4 § 5 *de statulib.* (40. 7.).

hier deswegen mit Recht vollständig ignorirt, weil derselbe in dem Schalttag seine Erledigung findet, von dessen anomalischer Behandlung weiter unten gehandelt werden wird.

Die bewegliche Woche ist ein zusammenhängender Zeitraum von Sieben beweglichen Tagen. Hier wird die Anwendung dadurch erleichtert, daß man nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag zu achten hat, um den Ablauf der Woche zu erkennen.

Die Bedeutung des beweglichen Monats wird dadurch zweifelhaft, daß die Kalendermonate jedes Jahres Drey verschiedene Längen haben (§ 180). Wollte man nun eine Normalzahl von Monatstagen bestimmen, um sie bey Rechtsregeln, worin Monate vorkommen, anzuwenden, so hatte man zunächst die Wahl zwischen 31 und 30. Für 31 sprach der Umstand, daß in der That die meisten Monate diese Zahl von Tagen haben; für 30 aber waren überwiegende Gründe vorhanden. Erstlich kommt unter allen ganzen Zahlen die Zahl von 30 Tagen am nächsten dem zwölften Theil des Jahres, welcher genau $30\frac{5}{12}$ beträgt, so wie dem astronomischen Monat (§ 180. d). Dazu kommt aber zweytens die mehr praktische Rücksicht, daß die Zahl 30 als runde Zahl dem Gedächtniß leichter einzuprägen ist, und daß sie durch ihre mannichfaltige Theilbarkeit für die Anwendung im täglichen Leben größere Bequemlichkeit darbietet, als die Primzahl 31. Ohne Zweifel durch diese Gründe sind die Römer bewogen wor-

den, den beweglichen Monat als eine Zeit von Dreyßig Tagen anzusehen. Zwar eine gesetzliche Vorschrift ist darüber nicht vorhanden, aber in folgenden, aus ganz verschiedenen Zeiten herrührenden Stellen, ist jene Zahl als Monatslänge unzweifelhaft vorausgesetzt:

1) Bey der Anklage wegen adulterium kamen zwey Fristen vor, eine von 60 Tagen, eine andere (worin jene mit eingeschlossen ist) von Sechs Monaten. Hierbey werden nun 60 Tage mit den folgenden Vier Monaten zusammen genau als Sechs Monate gerechnet (b).

2) Paulus spricht von einer Zahl von 210 Tagen, und nennt diese den septimus plenus mensis (c).

3) Justinian verordnet, daß der Erbe ein Inventarium in den ersten 30 Tagen anfangen, und in den folgenden 60 Tagen endigen solle. Die Summe dieser beiden Zeiträume bezeichnet er nachher als eine Zeit von Drey Monaten (d).

4) Bey der Appellation bestimmt Justinian Drey Fristen, von 30 Tagen, einem Monat, und abermals einem Monat; die Summe dieser Drey Fristen giebt er dann zu

(b) *L.* 11 § 6 *L.* 29 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.), *L.* 1 § 10 *ad Sc. Turp.* (48. 16.). — Weniger beweisend sind die Stellen über das Ädilenedict, worin allerdings auch bald 60 Tage, bald zwey Monate, erwähnt werden, aber nicht gerade für einen und denselben Fall. *L.* 28 *L.* 31 § 22 *L.* 38 *pr. de aedil. ed.* (21. 1.).

(c) Paulus IV. 9 § 5, vergl. mit Censorinus de die nat. C. 9. — Ausführlich wird von dieser Stelle in der Beylage III. (über die Vitalität) gehandelt, s. oben B. 2 S. 403 fg.

(d) *L.* 22 § 2 *C. de j. delib.* (6. 30.), verglichen mit § 11 derselben Stelle.

Drey Monaten an, so daß er die ersten 30 Tage als einen Monat ansieht (e).

Dagegen kommen allerdings in einer älteren Vorschrift über die Appellation Drey Fristen, jede von 31 Tagen, vor, die Justinian selbst als Drey Monate bezeichnet (f); allein diese Bestimmung steht so einzeln, daß durch sie die vielfach bezeugte Zahl von 30 Tagen, als auf die zu allen Zeiten vorherrschende Ansicht gegründet, nicht zweifelhaft gemacht werden kann (g). — Einige andere Stellen sind mit Unrecht als abweichende Zeugnisse angesehen worden. So die *L.* 101 *de R. J.* (50. 17.), welche scheinbar 61 Tage als Inhalt von zwey Monaten angiebt, in der That aber (wie im § 185 gezeigt werden wird) 60 Tage voraussetzt, also vielmehr zu den Zeugnissen für 30 Tage gehört. — Ferner die 182 Tage als kürzester Zeitraum möglicher Schwangerschaft. Sie sind in das Römische Recht aus einem nicht völlig genau befolgten Ausspruch des Hippocrates herüber genommen, und gründen sich gar nicht auf eine Multiplication der Monatstage durch Sechs, sondern vielmehr auf eine Halbirung der im Jahr enthaltenen Tagezahl; diese giebt 182 Tage und einen Bruch, den Bruch aber haben die Römischen Juristen der Kürze wegen weggelassen (h). — Endlich die Berechnung der

(e) *Nov.* 115 *C.* 2.

(f) *L.* 2 und *L.* 5 *pr. C. de temp. appell.* (7.63.) „aliis trium mensum spatiis, *id est nonaginta et tribus diebus*, simili modo sequentibus."

(g) Dieselbe Meynung wird vertheidigt von Reinfelder annus civilis S. 116 fg. und Unterholzner Verjährungslehre I. S. 281.

(h) *L.* 3 § 12 *de suis* (38. 16.),

Dotalfrüchte in *L.* 7 *sol. matrim.* (24. 3.), welche gar nicht eine bestimmte Zahl von Tagen für den beweglichen Monat angiebt, sondern in mehreren Beyspielen (allerdings etwas ungenau) die Kalendermonate als Zwölftheile des Jahres, folglich als gleich lang, voraussetzt (i).

Fassen wir dieses Alles zu einem einfachen Resultat zusammen, so läßt sich dasselbe in folgender Regel ausdrücken: Überall, wo das Römische Recht eine juristische Thatsache auf den Ablauf einer Anzahl von Monaten gründet, ist unter Monat eine Zeit von genau 30 Tagen zu verstehen. — Viele Anwendungen dieser Regel sind für das heutige Recht verschwunden (k); folgende Fälle sind noch jetzt nach derselben zu beurtheilen:

worin nur aus der Vergleichung mit dem unbestimmten Ausdruck septimo mense in *L.* 12 *de statu hom.* (1. 5.) der falsche Schein entsteht, als sollten die 182 Tage genau das Sechsfache einer Monatslänge ausdrücken. Vgl. Hippocrates de partu septimestri C. 1 in opp. ed. Charterius T. 5 p. 342 Paris. 1679 fol.

(i) Durch die wirklichen und scheinbaren Abweichungen ist Schrader civil. Abhandl. S. 198 fg. zu folgender Lehre veranlaßt worden. Die Römer hätten den Monat verschieden berechnet, zuletzt aber sey die Ansicht herrschend geworden, man müsse den zwölften Theil des Jahres ($30\frac{5}{12}$) mit der jedesmal vorgeschriebenen Anzahl von Monaten multipliciren, und dann die dem Product zunächst liegende ganze Zahl annehmen. Diese Regel giebt für zwey Monate 61, weshalb auch die *L.* 101 *de R. J.* als Hauptbeweis angesehen wird. Diese Stelle nun wird unten (§ 185) auf andere Weise erklärt werden; aber sollte wohl überhaupt angenommen werden dürfen, daß die Römer, die so wenig Neigung und Geschick zu künstlichen Rechnungen zeigen, hier ohne alles sichtbare Bedürfniß eine solche angewendet haben sollten?

(k) Dahin rechne ich die oben angeführten Fristen für die Appellation und für die Anklage wegen adulterium (Note b. e. f); gleichgültig ist auch die Bestimmung über das Inventarium (Note g): denn da hier die Zahl der Tage neben der Zahl der Monate

Zwey Monate bey dem Verkauf einer Emphyteuse (l).

Zwey Monate für den Beweis einer Schuld, die gegen den Fiscus als Compensation gelten soll (m).

Drey Monate bey der exceptio non numeratae dotis (n).

Vier Monate wenn ein Miteigenthümer das zerstörte Haus nicht aufbauen will (o).

Vier Monate bey den Urtheilszinsen (p).

Sechs Monate als Verjährung der redhibitorischen Klage (q).

Zehen Monate als längster Zeitraum legitimer Geburt eines Kindes nach aufgelöster Ehe (r).

Allein es giebt andere Fälle, worin Monate von Einfluß sind, und die nicht unter diese Regel fallen, weil in ihnen ein solcher Einfluß gar nicht aus dem Römischen Recht hervorgeht; und gerade diese Fälle sind für die Anwendung weit häufiger und darum wichtiger, als die eben genannten. Dahin gehören die Prozeßfristen, sowohl gesetzliche als richterliche; ferner die auf Monate gestellten Verträge, welcher Fall besonders in Wechselbriefen häufig vorkommt. Die bey den Römern herrschende Ansicht bin-

geradezu ausgesprochen wird, so ist es für die Erklärung dieser Stelle gleichgültig, welche Zahl von Tagen nach einer allgemeineren Regel auf den Monat gerechnet werden soll.

(l) *L.* 3 *C. de j. emph.* (4. 66.).

(m) *L.* 46 § 4 *de j. fisci* (49. 14.).

(n) *Nov.* 100.

(o) *L.* 52 § 10 *pro socio* (17. 2.).

(p) *L.* 2. 3 *C. de usuris rei jud.* (7. 54.).

(q) *L.* 19 § 6 *L.* 38 *pr. de aedil. ed.* (21. 1.).

(r) *L.* 3 § 11 *de suis* (38. 16.). — Ich will jedoch die hier versuchte Aufzählung von Fällen keineswegs für vollständig ausgeben.

det uns hier nicht, und wir haben freye Hand Das zu thun, was an sich das Zweckmäßige ist, und was dann auch als die wahrscheinliche Meynung neuerer Gesetzgeber, so wie der Richter und der Contrahenten, zu vertheidigen seyn wird. Hier besteht nun, nach unsrer Weise die Tage in jedem Monat mit fortlaufenden Zahlen zu bezeichnen, das leichteste Verfahren darin, daß der Ablauf einer monatlichen Frist stets an demjenigen Tage angenommen wird, dessen Zahl der Zahl des Anfangstages entspricht. Wird also eine Monatsfrist am 17. Januar angesetzt, so fällt ihr Ende auf den 17. Februar, wird sie am 17. Februar angesetzt, so fällt es auf den 17. März, ohne Rücksicht auf die kleine Ungleichheit die nun entsteht, indem der erste Zeitraum in der That 31, der zweyte nur 28 Tage enthält. Diese wenig merkliche Ungleichheit ist ein geringeres Übel als das mühsame Nachzählen von 30 Tagen, welches leicht zu Irrungen führt. Das hier angegebene bequeme Verfahren hat bey den Prozeßfristen die bedeutendsten Autoritäten, schon vom vierzehenten Jahrhundert an, für sich (s), und in unsren heutigen Gerichten wird es sich meist auch durch die wirkliche Übung bestätigt finden (t).

(s) Joan. Andreae glossa in C. 6 de elect. in VI. (1. 6.). — Bartolus in L. 98 de verb. sign. — Alciatus in L. 98 de verb. sign. — J. Gothofredus in L. 101 de reg. juris. — Mevius in Decis. I. 231. — Mühlenbruch I. § 85. — Struben Bedenken I. 47 giebt beide Rechnungsweisen als in verschiedenen Gerichten üblich an.

(t) Die Reichsgesetze schwanken. Das Conc. Ord. Cam. II. 33 § 3 rechnet in einem einzelnen Fall den Monat zu 30 Tagen, der R. A. 1548 § 53 zu vier Wochen. — Auch die ältere Französische Praxis nahm häufig vier Wochen an

Eben so ist bey Verträgen, namentlich bey Wechseln, der Monat nach der dem Anfangstag entsprechenden Zahl des Monatstages zu bestimmen. Dieses ist ausdrücklich anerkannt im Preußischen Recht (u); und eben so im Französischen (v).

Die einzige Schwierigkeit bey diesem Verfahren tritt ein, wenn der Anfang des Zeitraums auf einen der letzten Tage eines langen Monats fällt, der Monat aber, in welchem die Zeit abläuft, nicht so viele Tage zählt. Die einfachste Abhülfe besteht darin, daß man den Ablauf auf den letzten Monatstag eintreten läßt. Wird also z. B. ein Wechsel auf zwey Monate a dato am 31. December ausgestellt, so wird er fällig am 28. Februar, und derselbe Erfolg muß unverändert eintreten, wenn der Wech-

Merlin répertoire v. *mois* T. 8 p. 329. — Daß den Römern die Zählung nach entsprechenden Monatstagen (z. B. von ante V. Kal. Jan. bis ante V. Kal. Febr.) nicht ganz unbekannt war, zeigt *L.* 2 *C. Th. de decur.* (12. 1.) (vergl. § 185. 1), wo der Zweifel erwähnt aber nicht entschieden ist. Daß die 30 Tage herrschend blieben, zeigen die oben angegebenen Stellen, auch war bey den Römern die andere Weise viel bedenklicher als bey uns, weil zwar die Kalendä, aber nicht die Nonä und Idus, stets dieselbe Stelle im Monat einnahmen.

(u) A. L. R. II. 8 855 „Lautet der Wechsel auf Monate, so wird jeder Monat, ohne Rücksicht auf die Zahl seiner Tage, mit dem Monatstage geendigt, an welchem die Ausstellung geschehen ist." — Bey einer auf Monate gestellten Verjährung schließt sich dagegen das Preußische Gesetz an das R. R. an, und rechnet den Monat zu 30 Tagen. A. L. R. I. 9 § 550.

(v) Code de commerce art. 132 „Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien." Ich verstehe das so, daß der monatliche Wechsel nicht gerade 30 Tage laufen soll, sondern bald länger bald kürzer, je nachdem der Kalendermonat der Ausstellung mehr oder weniger Tage zählt.

sel am 28., 29. oder 30. December ausgestellt wird. Das Preußische Gesetz hat diese natürlichste Auskunft ausdrücklich anerkannt (w).

Suchen wir die bisher aufgestellten Regeln in einem gemeinsamen Überblick zu vereinigen, so zeigt es sich, daß unter allen hier betrachteten Zeitabschnitten der Tag die größte Wichtigkeit hat, indem die übrigen immer nur auf ihn zurück führen. Denn wenn wir irgend eine in Jahren, Monaten, Wochen ausgedrückte Zeit, als Grundlage einer Rechtsänderung, anwenden sollen, so geschieht dieses stets dadurch, daß wir, durch Auflösung dieser Zeiten in Tage, einen bestimmten Tag finden, in dessen Umfang das wahre Ende des beweglichen Zeitraums fällt. Dieses wahre Ende ist nämlich derjenige Zeitpunkt im Lauf jenes gefundenen Tages, welcher genau übereinstimmt mit dem Zeitpunkt des Ereignisses, von welchem der ganze Zeitraum seinen Anfang nahm. Wenn also bey einer Usucapion der Besitz in einer frühen oder späten Tageszeit er-

(w) A. L. R. II. 8 § 856 „Ist ein solcher Wechsel am letzten Tage eines Monats ausgestellt, und der Monat, worin die Zahlung geschehen solle, hat weniger Tage: so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonats ein." Damit wäre nun wohl vereinbar, daß vom vorletzten Monatstag wieder auf den vorletzten vorwärts gerechnet würde u. s. w. Allein dieses würde zu der unleidlichen Inconsequenz führen, daß ein zweymonatlicher Wechsel vom 30. December am 27. Februar fällig würde, dagegen ein am 28. December (also früher) ausgestellter erst am 28. Februar, da bey diesem die reine Regel anwendbar wäre. Diese Inconsequenz wird durch das im Text angegebene Verfahren abgewendet.

worden worden war, so muß auch das Ende der Usucapion in eine genau entsprechende Tageszeit fallen. Nennen wir dieses wahre Ende den mathematischen Endpunkt, die Zeit aber, in welcher die Rechtsänderung eintritt, den juristischen Endpunkt, so läßt sich das bisher Gesagte auch so ausdrücken: der juristische Endpunkt muß mit dem mathematischen genau zusammen fallen.

Allein bey der Anwendung dieser Regel zeigen sich Schwierigkeiten, die zwar bey den Römern größer waren als bey uns, aber auch für uns noch so groß sind, daß wir sie ohne Übertreibung fast unübersteiglich nennen können.

Erstlich fehlt es an Werkzeugen, um die kleineren Zeittheile mit völliger Genauigkeit zu bestimmen. Dieser Mangel war überaus groß bey den Römern (§ 180. g), bey uns ist er zwar vermindert, aber immer noch fühlbar genug. Allerdings wird hierin bey astronomischen Beobachtungen Bewundernswürdiges geleistet, aber wie wäre es denkbar, in den drängenden und oft geringfügigen Geschäften des bürgerlichen Lebens eine irgend genügende Sicherheit in die Bestimmung von Stunden, Minuten u. s. w. zu bringen? — Eine Folge dieser augenscheinlichen Unmöglichkeit ist die, daß selbst bey sorgfältiger Geschäftsführung, zwar der Tag, an welchem ein Geschäft vorgenommen wird, genau angemerkt zu werden pflegt, dagegen die Tageszeit ganz unbemerkt bleibt. Da nun der mathematische Endpunkt stets von einem entsprechenden Anfangspunkt abhängig ist, so wird für diesen, und

alſo auch für jenen, die Tageszeit meiſt gar nicht auszumitteln ſeyn. — Dieſe Schwierigkeit wird noch vermehrt durch die wechſelnde Länge der Tage und Stunden (§ 180), welche ſelbſt neben den vollkommenſten Uhren noch immer eine künſtliche Reduction nöthig macht. — In weit höherem Grade aber wurde ſie bey den Römern vermehrt durch ihre von der unſrigen ganz abweichende Einrichtung der Stunden (§ 180) (x).

Wenn wir uns das vereinigte Gewicht dieſer Umſtände anſchaulich machen, ſo muß es einleuchten, daß ein genaues Zuſammenfallen des juriſtiſchen Endpunkts mit dem mathematiſchen zu bewirken in den meiſten Fällen kaum möglich iſt, daß wir uns vielmehr für die wirkliche Anwendung mit einer annähernden Genauigkeit begnügen müſſen. Wollten wir nun bey dieſem blos negativen Reſultat ſtehen bleiben, ſo würde das nicht unbedenklich ſeyn; denn auf der einen Seite könnte die zugegebene Ungenauigkeit zu Übertreibung und Misbrauch verleiten, auf der andern Seite aber würde der ſtets wiederkehrende Verſuch, im einzelnen Fall jene Schwierigkeiten zu überwinden, zu einer Verſchwendung von Kräften führen, die ganz außer

(x) Dieſe letzte Schwierigkeit verſchwindet bey den in ganzen Jahren beſtehenden Zeiträumen (wie bey der Uſucapion), ſie findet ſich aber bey den im R. R. vorkommenden Zeiträumen von 60 oder 100 Tagen, von Drey oder Sechs Monaten u. ſ. w., ja ſie war hier faſt unüberſteiglich zu nennen. Denn ſie konnte nur beſeitigt werden durch ſo künſtliche Reductionstabellen, wie ſie bey den Römern ſchwerlich hätten entſtehen, gewiß aber niemals in allgemeine Anwendung kommen können.

Verhältniß zur Erheblichkeit des Zwecks stehen würde. Um diesen Nachtheilen zu begegnen, würde die Aufgabe darin bestehen, das Zusammentreffen des juristischen Endpunkts mit dem mathematischen geradezu aufzugeben, zugleich aber die zugelassene Abweichung in feste und möglichst enge Gränzen einzuschließen. Durch eine solche Einrichtung hätte das praktische Bedürfniß seine Befriedigung gefunden, indem der unbequeme Einfluß der dargestellten Schwierigkeiten völlig beseitigt seyn würde.

§. 182.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung.

Donellus V. 19.

Rücker de civili et naturali temporis computatione Lugd. Bat. 1749.

Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren ꝛc. Gießen 1796. — Bestätigung der Belehrungen ꝛc. 1798.

Hagemeister über die Mündigkeit zum Testiren, Civil. Mag. B. 3 Num. 1 (1798) mit Vorerinnerung von Hugo.

Erb über den annus civilis, Civil. Mag. B. 5 Num. 8 (1814).

Unterholzner Verjährungslehre I. § 90 (1828).

Löhr über civilis computatio, Archiv B. 11 (1828) S. 411—424.

Reinfelder der annus civilis. Stuttgart 1829.

Die am Schluß des vorigen §. aufgestellte Aufgabe gieng dahin, einen juristischen Endpunkt beweglicher Zeiträume zu finden, der in jedem gegebenen Fall leicht und sicher anzuwenden wäre, und zugleich so wenig als möglich von dem mathematischen Endpunkt abwiche. Für diese Aufgabe giebt es zwey mögliche Auflösungen, die jedoch auf demselben Grundbegriff beruhen. Man kann nämlich den juristischen Endpunkt entweder in die dem mathematischen vorhergehende, oder in die nachfolgende Mitternacht legen; durch beide Einrichtungen wird der Zweck gleich vollständig erreicht. Denn indem nun der bewegliche Tag mit dem Kalendertag zusammenfällt, verschwindet das Bedürfniß einer künstlichen Reduction, und die Ermittlung kleinerer Zeitabschnitte, die den Grund der Schwierigkeit enthielt, wird überflüssig. Zwey Kalendertage aber von einander zu unterscheiden, ist auch dem Ungebildeten leicht, da zwischen beiden stets eine merkliche Zeit der Finsterniß und der Geschäftsruhe in der Mitte liegt. Das angegebene Verfahren läßt sich auch so bezeichnen: der Kalendertag wird behandelt, als ob er nicht (wie er in Wahrheit ist) ein ausgedehnter Zeitraum, sondern ein untheilbares Zeitstück, ein Zeitelement, wäre. Nur darf nicht vergessen werden, daß diese Auffassung lediglich ein anderer Ausdruck ist für die Entfernung der oben bemerkten Schwierigkeit. Viele Irrthümer sind nur dadurch entstanden, daß man die aufgestellte Formel als etwas Selbstständiges, von dieser Schwierigkeit und ihrer

Beseitigung Unabhängiges, betrachtet, und dann für sich weiter entwickelt hat, durch welches grundlose und willkührliche Verfahren große Verwirrung in diese Untersuchung gebracht worden ist. — Der Erfolg des angegebenen Verfahrens besteht nun darin, daß die Wirkungen des Zeitablaufs etwas früher oder später eintreten, als es nach der strengen Anwendung der Rechtsregel (wenn diese ausführbar wäre) geschehen würde, so daß der vorgeschriebene Zeitraum in der That etwas erweitert oder verkürzt wird; die Abweichung beträgt bald mehr bald weniger, nur niemals volle 24 Stunden, so daß sie also, wie oben verlangt wurde, in feste und enge Gränzen eingeschlossen ist, und beynahe als unmerklich verschwindet. Allerdings wird dadurch, in Vergleichung mit der streng ausgeführten Rechtsregel, Ein Theil einige Zeit gewinnen, der Andere eben so viel verlieren; aber dieser Gewinn und Verlust ist keinesweges Zweck des Verfahrens, er ist nur ein unvermeidliches Übel, das wir absichtlich zulassen, um einem größeren Übel zu entgehen.

Ich sagte, die zwey angegebenen Lösungen der Aufgabe seyen die einzigen überhaupt; und welche andere könnte man noch daneben versuchen? Man könnte etwa nicht bey der nächsten Mitternacht stehen bleiben, sondern auf die zweyte zurück oder vorwärts gehen, um in dieselbe den juristischen Endpunkt zu legen. Auch dadurch wäre die Schwierigkeit beseitigt, aber wir würden ganz ohne Grund über den Zweck hinaus gehen. Indem wir um

einen Kalendertag mehr von der Wahrheit abwichen, würden wir uns in dem Gebiet reiner Willkühr befinden, und wir hätten eben ſo viel Grund, um zwey, drey, oder noch mehr Tage zurück oder vorwärts zu ſchreiten. — Endlich könnte man noch darauf fallen, von dem mathematiſchen Endpunkt um einen vollen beweglichen Tag zurück oder vorwärts zu gehen, alſo, wenn etwa das mathematiſche Ende in den Mittag eines 2. Januars fiele, anſtatt deſſen den Mittag des 1. oder des 3. Januars als juriſtiſchen Endpunkt zu ſetzen. Dieſer Verſuch aber erſcheint ſogleich als völlig verwerflich, da durch ihn die Schwierigkeit, wovon die ganze Aufgabe ausgeht, gar nicht vermindert wird; es wäre eine völlig zweckloſe, durch Nichts gerechtfertigte, Abweichung von der Wahrheit.

Da nun zwey gleich zweckmäßige Löſungen der Aufgabe nachgewieſen worden ſind, ſo bleibt noch die Wahl zwiſchen beiden übrig: entweder indem wir die eine ausſchließend annehmen, oder indem wir beide gelten laſſen, je nach Verſchiedenheit der Fälle. Um hierin nicht willkührlich zu verfahren, haben wir ein auf dieſen Fall anwendbares, ſchon anderwärts bewährtes, Princip aufzuſuchen. Wir haben hier zu thun mit einer partiellen Unbeſtimmtheit, die nothwendig Einem von beiden Theilen zu gut kommen muß; eine ſolche Unbeſtimmtheit erſcheint auch in anderen Rechtsverhältniſſen nicht ſelten, und ſie kommt dabey ſtets Demjenigen zu gut, von deſſen Handlung (als einer zuläſſigen oder nothwendigen) zunächſt die

Rede ist. So hat bey einer alternativen oder generischen Obligation der Schuldner die Wahl, welches Individuum oder welche Qualität er geben will (a). Umgekehrt hat bey einer nach Zeit oder Ort ganz unbestimmten Obligation der Glaubiger die Wahl, wann oder wo er klagen will, weil sein im Allgemeinen anerkanntes Klagrecht in diesen Beziehungen unbeschränkt geblieben ist (b). — Wenden wir dieses Princip auf den vorliegenden Fall an, so führt es auf folgende Behandlung. Soll durch den Ablauf des Zeitraums ein Recht erworben werden, wie bey der Usucapion, so ist die vorhergehende Mitternacht als juristischer Endpunkt anzunehmen, weil, bey der angegebenen Unbestimmtheit, der Erwerber befugt ist, in jedem Moment des ganzen Kalendertags den Erwerb als vollendet anzusehen. Soll dagegen durch den abgelaufenen Zeitraum ein Recht verloren werden, wie bey der Klagverjährung, so muß die nachfolgende Mitternacht angenommen werden, weil der Klagberechtigte, gleichfalls wegen jener Unbestimmtheit, in jedem Moment des Kalendertags

(a) *L.* 138 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 52 *mandati* (17. 1.). — Eben so hat Der, welcher sich verpflichtet, innerhalb eines bestimmten Jahres zu zahlen, die Wahl des Tages, an welchem er zahlen will. *L.* 50 *de O. et A.* (44. 7.).

(b) *L.* 41 § 1 *de V. O.* (45. 1.), § 33 *J. de act.* (4. 6.), welche letzte Stelle blos bey einem ausdrücklich bestimmten Zahlungsort die Willkühr des Klägers beschränkt, für andere Fälle also unbeschränkt läßt. — Wollte man bey der ganz unbestimmt gelassenen Zeit den Schuldner als den zum Handeln Berufenen betrachten, also Ihm die Wahl der Zeit lassen, so würde das den Grundbegriff der Obligation, als einer Nothwendigkeit, aufheben, indem diese illusorisch werden würde.

behaupten kann, daß er noch zu rechter Zeit klage (c). — So ist es in den gewöhnlichen Fällen, worin eine Rechtsregel den Ablauf eines Zeitraums als Bedingung einer Rechtsänderung ausdrückt; ist dagegen die Bedingung ausdrücklich auf die Überschreitung des Zeitraums gestellt, so muß stets die nachfolgende Mitternacht angenommen werden (auch wo vom Erwerb eines Rechts die Rede ist), weil, eben wegen der Untheilbarkeit des Kalendertags, erst am folgenden Tag die Überschreitung des Zeitraums behauptet werden kann (d).

Von der hier versuchten Grundlegung der civilen Zeitrechnung weicht die gewöhnliche gänzlich ab. Diese läßt sich auf folgende Sätze zurück führen, worin wenigstens

(c) Man könnte in beiden Fällen die Regel umkehren wollen, indem bey der Usucapion der bisherige Eigenthümer sein Recht verliert, bey der Klagverjährung der Schuldner eine Exception erwirbt. Allein die Rücksicht auf diese Personen ist offenbar eine untergeordnete, so daß die Rechtsregel unmittelbar nicht an sie gerichtet ist, sondern an ihre Gegner, deren Thätigkeit oder Unthätigkeit Grund einer Rechtsänderung seyn soll.

(d) Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, diese letzte Unterscheidung als allzu subtil zu verwerfen; allein gerade hierüber sind die Stellen der alten Juristen am wenigsten zweifelhaft. *L.* 1 *de manumiss.* (40. 1.) „non enim majori XX. annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi." (Hätte also die lex von einem major gesprochen, so würde der folgende Tag gefordert worden seyn). *L.* 66 *de V. O.* (45. 1.) „quia de minore lex loquitur." *L.* 3 *de j. immun.* (50. 6.). „Majores LXX. annis a tutelis et muneribus vacant .. non videtur major esse LXX. annis, qui annum agit septuagesimum." Vergl. *L. un. C. qui aetate* (5. 68.), *L.* 3 *C. qui aetate* (10. 49.), *L.* 2 *pr. de excus.* (27. 1.).

die Meisten übereinstimmen, wenngleich auch mancherley Abweichungen vorkommen. In vielen Fällen, sagt man, wird die Zeit auf die besondere Weise berechnet, daß der letzte Zeittheil, wenn er nur angefangen ist, schon als vollendet angesehen wird. Diese anomalische Zeitrechnung heißt civilis computatio, die regelmäßige naturalis. — Über die Begränzung der Fälle, worin die eine oder die andere Rechnung gelten soll, sind die Meynungen so abweichend, daß sich etwas Gemeinsames hierin nicht angeben läßt.

Aus dieser Aufstellung der Begriffe ist es einleuchtend, daß nur zweyerley Rechnungsarten als wirklich vorkommend vorausgesetzt werden: die, worin der juristische Endpunkt mit dem mathematischen zusammen trifft, und die worin er rückwärts gelegt, der Zeitraum selbst also abgekürzt wird. Schon hier aber, und vor der Prüfung der über die Sache selbst entscheidenden Quellenzeugnisse, sind dieser Auffassung folgende Bemerkungen entgegen zu stellen. Indem der Begriff der civilis computatio so abstract aufgestellt wird (e), scheint sie eben sowohl auf das letzte Jahr und den letzten Monat, als auf den letzten Tag, anwendbar zu seyn, und in der That ist dieses von Manchen behauptet worden, obgleich die Meisten sich doch auf den letzten Tag beschränken (f). Schon dadurch aber

(e) In dieser abstracten Weise wird der Begriff namentlich angegeben von Koch S. 21.

(f) Bey den Ehrenstellen in Municipien galt die Regel, daß der Eintritt in das 25ste Lebensjahr, nicht dessen Vollendung, erfordert werde. *L.* 8 *de*

verschwindet aller feste Boden für diese Anomalie, indem die oben als einzige Veranlassung aufgestellte Schwierigkeit in der Ermittlung der kleineren Zeittheile nun als Erklärungsgrund ganz wegfällt. Und in der That scheinen auch die Meisten in der ganzen Sache etwas blos Willkührliches zu sehen, eine Art von Milde und Großmuth gegen Den, welchem ein Theil der vorgeschriebenen Zeit erlassen werden soll. Da aber diese Milde augenscheinlich auf Kosten des Gegners ausgeübt wird, welcher dabey eben so viel verliert, als der Beschenkte gewinnt, so ist dieser Erklärungsgrund ganz unhaltbar, ja es muß jede Erklärung überhaupt verworfen werden, die über die Betrachtung der letzten Tage hinausgeht. Wollte man auch die Wendung versuchen, daß die Abkürzung nicht als großmüthige Begünstigung Eines Theils gelten solle, sondern als Verbesserung eines durch frühere Rechtsregeln zu lang bestimmten Zeitraums, so wäre auch damit wenig gewonnen. Denn die Abkürzung um einen halben Tag, oder auch (wie die Meisten wollen) um anderthalb Tage, ist eine so kleinliche, daß man den Gesetzgebern oder Juristen wenig Ehre anthut, indem man ihnen die Absicht einer solchen Verbesserung zuschreibt.

Besondere Aufmerksamkeit aber verdienen gleich hier die

muner. (50. 4.), *L.* 74 § 1 *ad Sc. Treb.* (36. 1.). Das war eine ganz isolirte Regel, die mit der Frage von der civilen Zeitrechnung durchaus keinen inneren Zusammenhang hatte. Es war die Folge des Ausdrucks, dessen sich gerade eine bestimmte Lex bediente.

angewendeten Kunstausdrücke, an welchen bisher fast gar kein Anstoß genommen worden ist. Wir haben überhaupt nur folgende Stellen, die zur Bildung einer quellenmäßigen Terminologie benutzt werden können:

L. 3 § 3 *de minor.* (4. 4.). „Minorem .. videndum an .. dicimus *ante horam qua natus est* ... ita erit dicendum, *ut a momento in momentum* tempus spectetur."

L. 6 *de usurp.* (41. 3.). „In usucapionibus *non a momento ad momentum*, sed *totum postremum diem* computamus."

L. 134 *de V. S.* (50. 16.) quia annum *civiliter*, *non ad momenta temporum*, sed *ad dies* numeramus."

Die einzige bestimmte und ziemlich gleichförmige Terminologie in diesen Stellen ist die a momento in (ad) momentum tempus spectare (computare), oder ad momenta temporum annum numerare, welche Rechnungsart in dem Fall der ersten Stelle gebilligt, in den zwey folgenden Fällen verworfen wird. Die Bedeutung dieses Kunstausdrucks kann nicht bezweifelt werden: es ist die Zeitrechnung mit Beachtung der kleinsten Zeittheile, so daß (wie die erste Stelle ausdrücklich sagt) auf die einzelne Stunde im Tag gesehen wird; also das was ich das Zusammenfallen des juristischen Endpunktes mit dem mathematischen genannt habe. Der Gegensatz davon heißt *totum* postremum diem computare, oder *ad dies* annum numerare, also die kleineren Zeittheile unbeachtet lassen, und nur

nach ganzen Tagen rechnen, als ob die Tage untheilbare Zeitstücke wären: bey welchem Ausdruck es vorläufig noch unbestimmt bleibt, ob durch dieses Verfahren der Zeitraum verkürzt oder ausgedehnt werden soll. — Offenbar also kommen die Ausdrücke civilis und naturalis computatio gar nicht vor, und blos in dem Ausdruck civiliter numerare liegt Etwas, das ihnen einigermaßen ähnlich sieht, und das unsre Schriftsteller sehr willkührlich zu jener Terminologie ausgebildet haben (g). Diese aber ist wichtiger, als sie auf den ersten Blick scheint, und hat von jeher die unbefangene Kritik sehr zurück gedrängt. Denn aus diesen beiden Theilungsgliedern schien von selbst hervorzugehen, daß es außer der Rechnung ad momenta nur noch die einzige gebe, die man sich einmal gewöhnt hatte als civilis computatio anzusehen, und die durch diesen vermeyntlichen Kunstausdruck als ein einfacher, ausschließender Begriff fixirt worden war, nämlich diejenige Rechnungsart, wodurch der Zeitraum **verkürzt** wird; ferner

(g) Der Ausdruck annus civilis bey Macrob. saturn. I. 14 bezeichnet das von Cäsar neu eingerichtete Kalenderjahr, und gehört also eben so wenig hierher, als der Ausdruck dies civilis (§ 180. b). Dagegen steht allerdings civilis annus in der Überschrift von Gellius III. 2 in Beziehung auf die besondere Zeitrechnung, wovon hier die Rede ist; allein diese Überschriften können nicht als quellenmäßige Zeugnisse gelten, und identisch mit der Terminologie unsrer juristischen Schriftsteller ist dieser Ausdruck ohnehin nicht. — Ich habe den Ausdruck **civile Zeitrechnung** gewählt, um auf der einen Seite für die an den bisher herrschenden Sprachgebrauch Gewöhnten verständlich zu bleiben, auf der anderen Seite aber durch Vermeidung der lateinischen Form nicht mehr dem Irrthum Nahrung zu geben, als ob diese Form in den Quellen als Kunstausdruck vorkäme.

führte der Name naturalis computatio unvermerkt dahin, diese Rechnungsart als die regelmäßige anzusehen, die überall eintreten müsse, wo nicht eine Ausnahme besonders nachgewiesen werden könne. Alle diese Ansichten also hatten sich auf die angegebene unkritische Weise vor aller Untersuchung festgesetzt, und so konnte eine unbefangene Auslegung der entscheidenden Stellen, worauf am Ende Alles ankommt, kaum erwartet werden.

Der hier angegebene ächte Kunstausdruck ist auch noch in folgender Beziehung von Wichtigkeit. Offenbar wird hier der Ausdruck non a momento völlig gleichbedeutend gebraucht mit civiliter. Dieses aber deutet darauf hin, daß der Begriff des civiliter durch die bloße Negation der Momentenrechnung erschöpft wird. Schon daraus folgt aber, daß die civile Berechnung nur auf die nächstliegende Mitternacht führen kann, nicht auf eine entferntere, weil die Annahme dieser letzteren über die Negation des momentum weit hinaus gehen würde.

Diese Betrachtungen können über die hier vorkommenden Fragen nicht entscheiden, sondern nur die Entscheidung vorbereiten, welche selbst aus einer sorgfältigen Betrachtung der diesen Gegenstand betreffenden Stellen des Römischen Rechts hervorgehen muß. Damit aber deren Auslegung eine kritische Grundlage erhalte, muß noch die Erörterung von zwey wesentlichen Vorfragen unternommen werden. In mehreren, und gerade den wichtigsten Stellen

werden wir verwiesen bald auf den letzten Tag eines Zeitraums, bald auf Tage die durch Ordinalzahlen bezeichnet werden; dabey entstehen nun folgende Fragen: Erstlich, welcherley Tage sind in solchen Stellen gemeynt, bewegliche oder Kalendertage? Zweytens, wie ist in denjenigen Stellen, worin Ordinalzahlen vorkommen, die Zählung zu verstehen?

Was nun die erste Frage betrifft, die sowohl bey dem (in mehreren Stellen erwähnten) letzten Tag, als bey den (in anderen Stellen) mit Zahlen bezeichneten Tagen, vorkommt, so könnten an sich unter dem Ausdruck dies eben so wohl bewegliche als Kalendertage verstanden seyn. So bey der Erwähnung des letzten Tages (h). Fiele also z. B. der mathematische Endpunkt in den Mittag eines 2. Januars, so wäre postremus dies die Zeit vom Mittag des 1. bis zum Mittag des 2. Januars. Daß nun aber diese Zeit nicht gemeynt ist, folgt unwidersprechlich aus einigen der angeführten Stellen, worin geradezu eine Mitternacht (und zwar die vorhergehende) als Anfangspunkt des letzten Tages angegeben wird, welches den Gedanken an den beweglichen Tag ausschließt (i). Dasselbe sind wir

(h) Die Stellen, worin der letzte Tag vorkommt, sind überhaupt folgende: supremus dies. *L.* 1 *de manumiss.* (40. 1.). — postremus. *L.* 6 *de usurp.* (41. 3). — novissimus. *L.* 15 *pr. de div. temp. praescr.* (44. 3.) und *L.* 6 *de O. et A.* (44. 7.). — extremus. *L.* 132 *pr. de V. S.* (50. 16.).

(i) Dieses gilt von den drey ersten der in der vorigen Note angeführten Stellen; die erste (*L.* 1 *de manum.*) erwähnt selbst unmittelbar vorher die Mitternacht, für die zwey folgenden ist

berechtigt auf die übrigen, in dieser Hinsicht weniger bestimmten Stellen zu übertragen. Auch wird diese Auslegung für alle Stellen durch die innere Wahrscheinlichkeit bestätigt. Denn auf diesem Wege allein ist der oben dargestellten praktischen Schwierigkeit zu begegnen, die der einzige begreifliche Grund ist, den Ablauf eines Zeitraums durch positives Recht zu modificiren. Auch sind ja alle solche Stellen Anweisungen für unser Verfahren; es ist aber gewiß natürlicher anzunehmen, daß wir für die Beurtheilung einzelner Fälle auf die Beachtung von Kalendertagen verwiesen werden, welche Gegenstände unmittelbarer, sinnlicher Wahrnehmung sind, als von beweglichen Tagen, die erst künstlich und durch schwierige Beweise untersucht und begränzt werden müssen. Ist nun also der postremus dies ein Kalendertag, so kann es kein anderer seyn als der, in welchen der mathematische Endpunkt fällt, welcher also nur noch theilweise dem vorgeschriebenen Zeitraum angehört, indem er theils vor theils hinter dem mathematischen Endpunkt liegt. Diese Erklärung des extremus dies wird nun noch sehr unterstützt durch die ganz ähnliche Bedeutung, worin bei einer andern Rechtslehre der extremus annus vorkommt. Bey der Dos ist es Regel, daß die in der Ehe entstandenen Früchte dem Mann gehören, die späteren der Frau oder ihren Erben. Zur Anwendung dieser Regel auf Feldfrüchte werden, von dem

es durch die Vergleichung mit *L.* 7 *de ursurp.* (41. 3.) unzweifelhaft. (Die Stellen selbst sind im § 183 abgedruckt).

Anfangstag der Ehe an, Ehejahre gerechnet; wird diese Rechnung weit genug fortgesetzt, so kommt man zuletzt auf ein solches Jahr, in dessen Lauf die Trennung eintrat, dieses Jahr heißt extremus oder novissimus annus, und dessen Fruchtertrag soll unter dem Mann und der Frau nach Verhältniß der Zeit getheilt werden (k). Wie nun hier extremus annus das nur noch theilweise der Ehe angehörende Jahr heißt, in dessen Umfang die Trennung der Ehe liegt, so heißt in unsrer Lehre extremus dies der Kalendertag, der nur noch theilweise dem vorgeschriebenen, bis zu seinem mathematischen Endpunkte (ad momentum) fortgeführten Zeitraum angehört.

Dasselbe nun, was hier für den letzten Tag ausgeführt worden ist, muß auch für die mit Zahlen bezeichneten Tage gelten, so daß auch sie als Kalendertage, nicht als bewegliche, zu verstehen sind (l). Dafür spricht theils die Analogie der Stellen vom postremus dies (m), theils die eben nachgewiesene innere Wahrscheinlichkeit, die hier wie dort

(k) *L.* 31 *de pactis dot.* (23.4.), *L. un.* § 9 *C. de r. u. a.* (5.13); anderwärts heißt es der annus quo divortium factum est. *L.* 5 *L.* 7 § 3 *L.* 11 *sol. matr.* (24.3.), Paulus. II. 22 § 1.

(l) Dahin gehören folgende Stellen: *L.* 30 § 1 *ad L. J. de adult.* (48. 5.) sexagesimus. — *L.* 101 *de R. J.* (50.17.) sexagesimo et primo. — *L.* 1 § 8. 9. *de succ. ed.* (38. 9.) und *L.* 2 § 4 *quis ordo* (38. 15.) centesimus. — *L.* 134 *de V. S.* (50. 16.) trecentesimo sexagesimo quinto.

(m) Diese Analogie ist nicht blos im Allgemeinen einleuchtend, sondern in einem der angeführten Fälle unabweisbar. Denn derselbe Tag, welcher in *L.* 132 *de V. S.* extremus genannt wird, heißt in *L.* 134 *de V. S.* trecentesimus sexagesimus quintus, und beide Stellen haben sogar denselben Verfasser.

gleiches Gewicht hat; noch weit entscheidender aber der Umstand, daß in einer der Stellen, worin gezählte Tage vorkommen, zugleich die Rechnung ad momenta ausdrücklich abgewiesen, und die nach Kalendertagen anerkannt wird (n). Und so können wir also schon hier, in dieser allgemeinen Vorbetrachtung, mit Bestimmtheit behaupten: überall, wo von der genauen mathematischen Wahrheit eines Zeitraums abgewichen wird, ist stets eine Mitternacht, also die Gränze eines Kalendertags, als juristischer Endpunkt anzusehen (o).

Ganz verschieden von der bisher abgehandelten Frage ist die andere, wie in den Stellen, die den Ablauf eines Zeitraums nach Zahlen bestimmen (Note 1), die Zählung verstanden werden soll (p). Es giebt nämlich eine zweyfache Art, wie Ordinalzahlen überhaupt, und besonders bey Zeiträumen, von den Römern angewendet werden, indem dasjenige Stück (z. B. der Tag), von welchem die

(n) *L.* 134 *de V. S.* (50. 16.), vgl. unten § 184. — Da in dieser Stelle die Momentenrechnung ausdrücklich abgewiesen wird, so kann das incipiente die unmöglich anders als von dem Anbruch eines Kalendertags verstanden werden, woraus aber unmittelbar folgt, daß auch der durch die Zahl bezeichnete Tag ein Kalendertag seyn muß.

(o) Die Stellen, welche auf Mitternacht verweisen, sind überhaupt folgende: Gellius. III. 2, *L.* 7 *de usurp.* (41. 3), *L.* 1 *de manumiss.* (40. 1.), *L.* 5 *qui test.* (28. 1.). — Alle diese Stellen übrigens, die hier nur unter besonderen Gesichtspunkten zusammen gestellt worden sind, werden an ihrem Ort nochmals und ausführlicher erwogen werden.

(p) Über diese schwierige Frage werden hier nur kurz die Resultate angegeben; die Untersuchung selbst, die den Zusammenhang an dieser Stelle zu sehr unterbrochen haben würde, findet sich in der Beylage XI.

Zählung ausgeht, bald mitgezählt wird, bald auch nicht. Da nun hierin erweislich der Sprachgebrauch der Römer schwankend ist, so sind wir berechtigt, in jeder Stelle, worin eine solche Zählung vorkommt, denjenigen Sprachgebrauch anzuwenden, wodurch sie den durch andere Gründe gerechtfertigten Regeln accommodirt wird; alle diese Stellen also sind als neutrales Gebiet zu betrachten, und mit keiner derselben für sich kann der Beweis für irgend eine Ansicht geführt werden. Insbesondere dürfen wir diese Zweydeutigkeit des Sprachgebrauchs zu dem Zweck geltend machen, um scheinbare Widersprüche zwischen Stellen der alten Juristen aufzulösen.

Bevor ich zur Untersuchung der einzelnen Fälle übergehe, worin die civile Zeitrechnung vorkommt, will ich noch folgende Betrachtung vorausschicken. Es ist nicht durchaus nothwendig, daß die Römer bey der Behandlung dieses Gegenstandes verständig zu Werk gegangen sind; ihr Verfahren kann gedankenlos, willkührlich, voll von Widersprüchen gewesen seyn, sie können sich in eine unnütze Speculation über einen Gegenstand des täglichen Lebens, des praktischen Bedürfnisses, verwickelt haben: das Alles ist möglich. Wenn es uns aber gelingt, ihre Aussprüche so auszulegen, daß diese Vorwürfe von ihnen entfernt werden, daß Zusammenhang, Einfachheit, Zweckmäßigkeit in ihrem Verfahren erscheint, so ist dieses Ergebniß nicht nur an sich wünschenswerth, sondern auch dem Geist ent-

sprechend, den wir in ihrer Behandlung so vieler anderen Rechtslehren wahrnehmen.

Ich will noch die Übersicht der folgenden einzelnen Untersuchungen dadurch zu erleichtern suchen, daß ich die Resultate derselben gleich hier in wenigen Worten zusammen stelle. Es ergiebt sich, wie ich glaube, daß fast überall der juristische Endpunkt eines Zeitraums von dem mathematischen getrennt worden ist; man hat denselben bald in die vorhergehende, bald in die nachfolgende Mitternacht gelegt, ganz nach den Gründen, die oben durch allgemeine Betrachtung für eine solche verschiedene Behandlung dargelegt worden sind. In einem einzigen Fall ist der mathematische Endpunkt (das momentum temporis) zugleich als juristischer beybehalten worden, bey der Minderjährigkeit als Bedingung der Restitution.

Von dieser Lehre nun weicht die bisher von unsren Schriftstellern aufgestellte mehr oder weniger ab. Etwas Gleichförmiges läßt sich hier nicht angeben, doch stimmen die Meisten in folgenden Punkten überein. Sie gehen bey der civilen Zeitrechnung großentheils nicht blos auf die nächste Mitternacht vor dem mathematischen Endpunkt zurück, sondern auf die zweyte. In anderen Fällen, worin ich die nachfolgende Mitternacht als Endpunkt annehme, setzen sie an deren Stelle den mathematischen Endpunkt selbst, so daß sie der Rechnung ad momenta eine weit größere Ausdehnung geben, als von mir geschieht. Dagegen ist mir kein Schriftsteller bekannt, der den juristischen

Endpunkt um volle 24 Stunden vor den mathematischen legte, obgleich dieses Verfahren nach den von Vielen ausgesprochnen allgemeinen Begriffen und Grundsätzen allerdings consequent wäre (q).

§. 183.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung).

Unter den einzelnen Fällen treten zuerst solche hervor, in welchen durch Zeitlauf ein Recht erworben wird.

A. Usucapion.

Dasjenige Rechtsverhältniß, bey welchem wir die reichhaltigsten Nachrichten über die Zeitberechnung haben, ist die Usucapion. Wir besitzen darüber eine, von späteren Schriftstellern aufbewahrte, Stelle des alten Q. Mucius Scävola, eine von Venulejus, zwey von Ulpian.

Die Stelle des Scävola ist erhalten bey Gellius (III. 2) und bey Macrobius (Saturn. I. 3). Der letzte hat sie wahrscheinlich nur aus dem ersten genommen, so daß er blos zur Berichtigung des Textes von Gellius benutzt werden kann. Sie lautet nun bey Gellius in berichtigtem Text (a) also.

(q) Koch S. 26. 94 hat die eigenthümliche Ansicht, die wahre civilis computatio müsse eigentlich um 24 Stunden vor dem mathematischen Endpunkt zurückgehen; er fügt aber hinzu, die Römischen Juristen hätten diese nie anerkannt, sondern irrigerweise zuerst die auf diesen (eigentlich richtigen) Endpunkt folgende Mitternacht, dann die vorhergehende, angenommen. Diese letzte Annahme sey das neueste, allein geltende Recht.

(a) Ich will hier nicht durch solche kritische Zweifel zerstreuen, die bey dieser Stelle auf die hier vorliegende Frage gar keinen Ein-

Q. quoque Mucium Ic. dicere solitum legi, Lege non isse usurpatum mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

Nach den Zwölf Tafeln sollte durch jede gewöhnliche Ehe, wenn sie Ein Jahr lang ununterbrochen fortdauerte, die Frau in die manus des Mannes kommen, und dieses wird ausdrücklich auf den Grundsatz der einjährigen Usucapion beweglicher Sachen zurück geführt. Eine Unterbrechung dieser Usucapion sollte nur dann angenommen werden, wenn die Frau wenigstens drey vollständige Nächte jedes Jahres außer dem Hause des Mannes zubrächte (b). Scävola nun beurtheilt einen Rechtsfall, der durch folgende Tafel anschaulich werden wird:

28. Dec.	29. Dec.	30. Dec.	31. Dec.	1. Jan.
V. Kal. Jan.	IV. Kal. Jan.	III. Kal. Jan.	pridie Kal. Jan.	Kal. Jan.

Die Frau war an einem 1 Januar in die Ehe getreten und am 29 December (c) desselben Jahres aus dem Hause

fluß haben. Das Material findet sich theils in den Noten zu Gellius, theils bey Erd S. 213 fg.

(b) Gajus I. § 111, wo es insbesondere heißt: „velut annua possessione *usucapiebatur*."

(c) Allerdings hatte Scävola das ältere Jahr von 355 Tagen, und einen December von 29 Tagen (Macrob. Sat. I. 13. 14.)

gegangen, in der Meynung, dadurch das trinoctium zu beobachten, und die Entstehung der manus zu verhindern. Darin aber irrt sie, sagt Scävola, denn das Usucapionsjahr ist schon vollendet mit der Mitternacht, womit der nachfolgende 1. Januar anfängt, also gehört die zweite Hälfte der dritten Nacht nicht mehr dem ersten Jahr der Ehe an, so daß sie nur drittehalb Nächte desselben abwesend war, welches nach dem Gesetz nicht hinreicht. Sie hätte also (will Scävola sagen) schon den 28. December ausziehen müssen, um ihren Zweck zu erreichen.

Diese Stelle nun ist die einzige, unter allen die wir besitzen, welche durchaus unzweydeutig ist, also keinem scheinbaren (d) Zweifel Raum läßt. Sie sagt ganz klar,

vor Augen, so daß für ihn der d. IV. Kal. Jan. nicht, wie bey uns, der 29., sondern der 27. December war. Das macht aber hierin keinen Unterschied, denn die Stellung des von ihm bezeichneten Tages gegen die folgenden Kalendae bleibt bey dieser Verschiedenheit unverändert, so daß sein Ausspruch für den Julianischen Kalender, sowohl im Sinn als im Ausdruck, ganz derselbe seyn mußte, wie unter der Herrschaft des früheren Kalenders.

(d) Zwar meynt Reinfelder S. 170, der Ausdruck *ante* diem IV. könne auch wohl eine dem d. IV. (29. Dec.) vorhergehende Zeit, nicht diesen Tag selbst, bezeichnen; allein diese Einwendung ist völlig unhaltbar. Denn theils ist die Römische Bedeutung des ante diem IV. für ipso die IV. völlig zweifellos (§ 180. e), theils würde Reinfelder Nichts gewinnen, wenn man auch annehmen wollte, das ante sey hier nicht in dem eigenthümlich Römischen Sinn, sondern nach der allgemeinen Wortbedeutung gebraucht. Denn nun würde Scävola sagen, es helfe der Frau Nichts, wenn sie in irgend einer Zeit vor dem 29. Dec. ausziehe, welches doch widersinnig wäre; zu Reinfelders Meynung würde es nur passen, wenn Scävola das Ausziehen gerade am nächstvorhergehenden Tage (also am 28. Dec.) für ungenügend er-

daß das Ende der Usucapion nicht mit dem mathematischen Endpunkt (ad momenta) eintritt, welches irgend ein Zeitpunkt im Lauf des 1. Januars seyn würde, sondern genau in der unmittelbar vorhergehenden Mitternacht: also weder in der nachfolgenden Mitternacht, noch in der vorletzten Mitternacht, durch welche die Usucapion mit dem Schluß des 30. Decembers ablaufen würde. Es wird also hier ganz unzweydeutig diejenige Bedeutung der civilen Zeitrechnung anerkannt, welche oben (§ 182) nach allgemeiner Betrachtung für alle Fälle dargelegt worden ist, worin der Ablauf eines Zeitraums die Rechtserwerbung an fortgesetzte Thätigkeit knüpft; gerade diese Rechtsänderung aber ist es, die bey jeder Usucapion eintritt, indem der fortgesetzte Besitz dem Besitzer das Eigenthum (hier die manus) giebt.

L. 15 *pr. de div. temp. praescr.* (44. 3.). (Venulejus lib. V. Interd.) In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

Novissimus dies heißt derjenige Kalendertag, in welchen der mathematische Endpunkt der Usucapion fällt (§ 182); also, bey einer am 1. Januar angefangenen Usucapion, irgend ein künftiger 1. Januar, je nach der kürzeren

klärte, diesen Sinn aber kann doch das ante auf keine Weise ausdrücken.

oder längeren Dauer der Usucapion. Daher will Venulejus sagen: die Usucapion gilt als vollendet gleich im ersten Anfang des letzten Kalendertages, nicht erst am Ende desselben. Diese Negation geht also auf die nachfolgende Mitternacht, an die man etwa denken könnte, nicht auf das momentum (den mathematischen Endpunkt), das hier gar nicht erwähnt wird, aber durch den ersten affirmativen Satz völlig und unzweifelhaft ausgeschlossen ist.

L. 6 *de usurp.* (41. 3.). Ulp. lib. XI. ad Ed.

L. 7 *de usurp.* (41. 3.). Ulp. lib. XXVII. ad Sab. In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. — Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.

Es ist zuvörderst zu bemerken, daß das erste dieser Fragmente zur Edictsmasse, das zweyte zur Sabinusmasse gehört, und daß das zweyte nach der allgemeinen Vertheilung der Massen gar nicht an dieser Stelle stehen sollte, sondern, offenbar seines Inhalts wegen, ausnahmsweise dahin gesetzt worden ist (e). Daraus, so wie aus dem verbindenden Ideoque, folgt daß beide Stellen in einem inneren Zusammenhang stehen, und gerade so anzusehen

(e) Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. B. 3 S. 465 mit der dazu gehörenden dritten Tabelle.

sind, als ob es zusammenhängende Sätze einer und derselben Stelle wären.

Die erste Stelle nun sagt: Bei der Usucapion rechnen wir nicht mit Beachtung der (in den letzten Kalendertag fallenden) kleineren Zeittheile, sondern wir nehmen den letzten Kalendertag als ein (untheilbares) Ganzes, welches daher in jedem seiner wirklichen einzelnen Theile schon als vollendet gelten muß (f).

Wer also (fährt die zweyte Stelle fort) in der sechsten Tagesstunde eines 1. Januars zu besitzen anfängt, vollendet (in einem folgenden Jahr) die Usucapion in einer dem 31. December angehörenden sechsten Nachtstunde.

Die hora sexta noctis ist die der Mitternacht unmittelbar vorhergehende Stunde (g). Hier muß nun offenbar im Sinn Ulpians hinzugedacht werden: completa oder exacta, so daß die Usucapion zu Ende geht nicht etwa am Anfang, oder in der Mitte, sondern genau am Schluß der erwähnten Stunde (h). Es ist also nur eine umschreibende Be-

(f) Mit dieser Erklärung des totum postremum diem stimmen überein Donellus § 2, Rücker p. 20, Unterholzner S. 303. — Erb S. 199 (der außerdem die von der Usucapion handelnden Stellen richtig ansieht) erklärt das totum postremum so: den letzten Tag, der noch als ein ganzer in die Usucapionszeit fällt, also den 31. Dec.; dessen Ablauf sey hier bezeichnet. Das Resultat ist bey ihm dasselbe wie das meinige, aber seine Worterklärung ist gezwungen und verwerflich.

(g) Es ist die Stunde, die an den Äquinoctien genau unsrer Mitternachtsstunde (von 11—12 Uhr) entspricht. In der Neujahrsnacht hat diese hora sexta der Römer eine merklich größere Ausdehnung, so wie die folgende hora sexta diei eine merklich kleinere.

(h) In demselben Sinn sagt Gellius III. 2 „diem .. civilem .. *a sexta noctis hora* oriri,"

zeichnung derjenigen Mitternacht, die den 31. December vom 1. Januar ſcheidet, und da zur Bezeichnung dieſer Mitternacht die derſelben vorhergehende, durch ſie begränzte, Stunde gebraucht iſt, ſo mußte wohl geſagt werden pridie, indem dieſe Stunde, als ein ausgedehntes Zeitſtück, ganz dem 31. December angehört (i). Ulpian will alſo ſagen: die Uſucapion iſt zu Ende mit derjenigen Mitternacht, durch welche die letzte Stunde des 31. Decembers (und ſomit dieſer 31. December ſelbſt) geendigt wird. Er hätte eben ſo gut ſagen können: ſie iſt zu Ende im erſten Augenblick des 1. Januars — und durch dieſe Art des Ausdrucks würde er auch wörtlich mit Venulejus übereingeſtimmt haben. Der Gedanke beider Juriſten iſt völlig derſelbe.

Nach der hier gegebenen Erklärung ſtehen alle einzelne Stellen über die Berechnung der Uſucaptionszeit in voll-

wo auch completa hinzugedacht werden muß. Vgl. Donellus § 3. Unterholzner S. 303.

(i) Man könnte unmittelbar verbinden wollen noctis pridie Kal., ſo daß ſchlechthin als nox pridie Kal. diejenige Nacht, die halb dem 31. Dec., halb dem 1. Jan. angehört, bezeichnet würde, indem ſie in dem 31. Dec. ihren Anfang nimmt; etwa ſo wie wir das Winterſemeſter 1839 dasjenige Semeſter nennen, welches 1839 anfängt und 1840 endigt. Für dieſe Bezeichnung ſpricht der Umſtand, daß ganz gewöhnlich das Geſchäft oder die Geſelligkeit eines Tages bis weit in die Nacht fortgeſetzt wird, ſo daß alſo die Nacht als Fortſetzung und Theil des vorhergehenden Tages betrachtet werden kann. — Allein es iſt nicht nöthig, zu dieſer Behauptung Zuflucht zu nehmen, da wenigſtens die hora *sexta* noctis ganz und unzweifelhaft dem pridie angehört, wenn darauf die Kalendae folgen. Noch anſchaulicher wird Dieſes durch folgende Paraphraſe der Stelle des Ulpian: „Die Uſucapion iſt vollendet mit dem Ablauf der dem 31. December angehörenden Nachtſtunde von 11 — 12 Uhr.“

kommner Uebereinstimmung. Sie ist auch nicht neu, sondern mehrere Schriftsteller haben sie bereits auf befriedigende Weise vorgetragen (k). Abweichend davon nehmen Andere an, der Inhalt dieser Stellen sey verschieden. So sagt Koch, der die Stelle des Scävola nicht kennt, die älteren Juristen, wozu er den Venulejus rechnet, wären auf die nächstvorhergehende Mitternacht zurückgegangen, Marcian und Ulpian noch um 24 Stunden weiter zurück, Beides eigentlich irrig; aber diese letzte Meynung, sey als die geltende zu betrachten, weil sie die neueste sey (l). Diese Grundansicht von einer fortschreitenden Entwicklung der ganzen Lehre ist nachher in folgender Weise weiter ausgebildet worden. Das praktische Bedürfniß sey allerdings völlig befriedigt, wenn man nur bis auf die nächste Mitternacht zurück gehe, führe also nicht weiter. Die feinere Wissenschaft aber sey mit tieferem Gedanken in die Sache eingedrungen, und dadurch um volle 24 Stunden weiter zurück geführt worden. Denn wenn man den Grundgedanken der Behandlung des Kalendertages als eines untheilbaren Zeitelements consequent durchführe, so müsse man annehmen, der im Lauf des 1. Januars erworbene Besitz sey schon mit dessen Anfang erworben. Dann fange die Usucapion an mit dem Anbruch des 1. Januars, und ihr letzter Tag sey der 31. December. Da aber dieser gleichfalls untheilbar sey, folglich alle in denselben fallende

(k) So Erb S. 191 fg. S. 213 fg. und Unterholzner S. 301 fg.

(l) Koch S. 78—94, vgl. oben § 182. q.

Zeitpunkte einander gleich ständen, so werde die Usucapion geendigt mit dem Anbruch des 31. Decembers, und dieser sey der postremus oder novissimus dies. Scävola's Berechnung des trinoctium sey keine Widerlegung, denn erstlich könne er das ante diem anders verstanden haben, als man es gewöhnlich nehme, und zweytens sey er noch nicht von dem erwähnten tiefen Gedanken feinerer Wissenschaft durchdrungen gewesen (m). — Der Fehler dieser Ansicht ist schon oben (§ 182) angedeutet worden. Es wird hier ganz ohne Grund dasjenige, was bloße Aushülfe für ein rein praktisches Bedürfniß ist, in einen tiefen wissenschaftlichen Gedanken verwandelt, aus diesem dann weiter gefolgert, und das daraus hervorgehende Resultat den Römischen Juristen untergeschoben. Diese sind weit entfernt, die künstliche Behandlung des Kalendertages auch auf den Anfang eines juristischen Zeitraums anzuwenden, wo sie nicht nöthig ist; sie erwähnen sie nur bey dem novissimus dies. Wäre nicht mit der Berechnung ad momenta eine sehr lästige Schwierigkeit der Ausführung verbunden, so würden sie nie daran gedacht haben, sie zu verlassen; eben deshalb aber konnte es ihnen auch nicht einfallen, sich weiter von ihr zu entfernen, als für die Entfernung jener Schwierigkeit durchaus nöthig war.

(m) Reinfelder S. 11—16 S. 166—170. — In dieser Abweisung des Scävola, als eines älteren Juristen dem kein Gewicht beyzulegen sey, stimmt mit ihm überein Löhr, Archiv B. 11 S. 422. 423.

B. Manumissionsfähigkeit.

L. 1 *de manumiss.* (40. 1.). (Ulpian. lib. VI. ad Sab.). Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus, post (horam) sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: non enim majori XX. annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi.

Die Lex Aelia Sentia hatte Jedem, der noch nicht Zwanzig Jahre alt war, die uneingeschränkte Freylassung seiner Sklaven untersagt; es fragte sich nun, mit welchem Tage dieses Verbot aufhöre. Von der Beantwortung dieser Frage konnte die Gültigkeit einer wirklich vorgenommenen Freylassung, folglich die Freyheit und das Bürgerrecht eines Menschen, abhängen. Ulpians Ausspruch läßt sich so wieder geben:

Es ist anerkannt worden, daß der an einem ersten Januar Geborene gleich nach Ablauf der dem 31. December angehörenden sechsten Nachtstunde gültig freylassen kann, wie wenn er in dieser Zeit das zwanzigste Jahr schon vollendet hätte: denn das Gesetz fordert nicht, daß der, welcher frey lassen will, älter als zwanzig Jahre, sondern nur daß er nicht jünger sey (n): jünger aber als zwanzig Jahre kann Derjenige nicht genannt wer-

(n) Dieser Theil der Stelle wird noch wörtlich bestätigt durch *L.* 66 *de V. O.* (45. 1.).

den, der schon in dem letzten zu seinem zwanzigsten Jahr gehörenden Kalendertag steht.

Ulpian will also eigentlich sagen: er kann manumittiren an seinem Geburtstage selbst, und zwar gleich nach dessen Anbruch, das heißt nachdem die Mitternacht vorüber ist, die ihm vorhergeht. Er bestimmt also für die Manumissionsfähigkeit genau dasselbe, welches oben für den Ablauf der Usucapion nachgewiesen worden ist. Zur Rechtfertigung dieser Erklärung mögen folgende Bemerkungen dienen. Die Bedeutung der hora sexta noctis pridie Kal. Jan. ist schon oben bey L. 7 de usurp. nachgewiesen worden. Der Unterschied beider Stellen liegt nur darin, daß L. 7 sagt: hora sexta, und hinzu denkt exacta, anstatt daß es in unsrer L. 1 heißt: *post* sextam. Dieser Unterschied ist auch nicht ganz zufällig und bedeutungslos. Denn von der Usucapion kann man sagen, daß genau der Augenblick der Mitternacht sie vollendet, und das Eigenthum giebt. Die Manumission aber, als eine Handlung, erfordert eine gewisse Zeit, und kann daher nicht in dem Moment der Mitternacht, sondern nur nach demselben, geschehen. Allein das ist einleuchtend, daß die hora sexta noctis pridie Kal. Jan. immer derselbe Zeitraum bleibt, es mag nun die Beziehung zu demselben durch das hinzugedachte exacta, oder durch ein vorangesetztes post oder auch ante ausgedrückt werden (o). — Das *quasi* comple-

(o) Erb S. 197. 198 erklärt die L. 1 de manum. vom Anfang des 31. Decembers, ohne Zweifel indem er die Worte pridie Kal.

verit drückt das Wesen der civilen Zeitrechnung aus, indem eigentlich vor der Geburtsstunde das zwanzigste Jahr noch nicht vollendet ist. — Die Worte non enim majori etc. wollen sagen: wenn das Gesetz wörtlich einen major XX annis, also die Überschreitung dieses Lebensjahres erforderte, nicht die bloße Vollendung, so würde die Manumission erst am folgenden Tage (den 2. Januar) zulässig seyn (§ 182); so spricht aber das Gesetz nicht. — Dies supremus ist derselbe, welcher in L. 15 de div. temp. praescr. der novissimus dies hieß (p), hier also der Geburtstag.

Daß nach dieser Erklärung, die auch schon von Anderen gegeben ist (q), die Manumissionsfähigkeit auf dieselbe Weise berechnet wird, wie die Usucapion, sehe ich als eine wichtige Bestätigung derselben an. Denn in beiden Rechtsinstituten ist die Rede von dem Erwerb eines

Jan. stillschweigend von post sextam noctis trennt, und unmittelbar mit posse manumittere verbindet, welches folgenden Sinn giebt: nach Mitternacht, und zwar im Lauf des 31. Decembers. Allein diese Trennung ist willkührlich, da die Worte post sextam noctis pridie Kal. eine untrennbar zusammenhängende Zeitbestimmung enthalten: sie ist inconsequent, da er die vollkommen ähnlich redende L. 7 de usurp. anders und richtig erklärt. In dieser L. 7 freylich war eine andere Construction ganz unmöglich durch das unmittelbar vorhergehende parallele hora VI. diei Kal. Jan.

(p) Erb erklärt S. 200. 201 den novissimus dies in L. 15 de div. temp. pr. richtig, S. 207 den supremus falsch, ohne einen Grund dieser Verschiedenheit der Erklärung anzugeben.

(q) So von Unterholzner S. 209. — Donellus § 3 hat dieselbe Meynung, deutet sie aber nur an, ohne Ausführung.

Rechts durch Ablauf eines Zeitraums, und die Gleichartigkeit dieser Rechtsänderung macht eine gleiche Behandlung nöthig, wenn nicht Willkühr und Inconsequenz vorausgesetzt werden soll (r).

Justinian hat diese Zwanzig Jahre auf Siebenzehen gesetzt, aber ohne die Art der Berechnung zu ändern (s).

§. 184.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung.)

C. Anniculus.

Wenn ein Latinus eine Römische Bürgerin oder eine Latina heurathete, und mit ihr ein Kind erzeugte, welches ein volles Jahr hindurch am Leben blieb, oder anniculus wurde, so sollten alle diese Personen die Civität erhalten (a). Gesetzt nun das Kind war um den Schluß

(r) Erb S. 226. 233 fg. will die praktische Verschiedenheit daraus erklären, daß die Handlung der Manumission Zeit erfordere, der Eigenthumserwerb durch Usucapion nicht. Daraus erklärt sich allerdings, warum jene *nach*, diese *in* der Mitternacht Statt findet, aber nicht daß jene um 24 Stunden früher zulässig seyn soll.

(s) § 6 *J. qui et quib. ex c.* (1. 6.) „nisi XVII. annum impleverit, et XVIII. annum *tetigerit*." Rücker p. 54 meynt, durch diese Vorschrift sey ein Überschreiten gefordert, also die frühere Vorschrift geändert. Allein *tangere* heißt nur berühren, nicht überschreiten, es ist also in der That nur eine müßige Wiederholung der vorhergehenden Worte, und nichts Neues für die Art der Berechnung.

(a) Nach vielen übereinstimmenden Stellen war diese Regel durch die L. Aelia Sentia eingeführt worden. Gajus I. § 29. 31. 66. 68. 70. 71. 80. Ulpian. VII. § 4. Daher scheint es, daß die einzige Stelle, worin die L. Junia als Quelle angegeben wird (Ulpian. III. § 3), emendirt werden muß. Ganz ohne Grund haben Manche der L. Julia diese Regel

des ersten Jahres gestorben, so kam es darauf an, genau den Zeitpunkt des vollendeten Lebensjahres zu ermitteln, weil es davon abhängen konnte, ob die Eltern jenes wichtige Vorrecht (das ihnen durch des Kindes Tod nicht verloren gieng) erworben haben sollten oder nicht. Darüber nun sagt Paulus in zwey Stellen Folgendes:

L. 132 *pr. de V. S.* (50. 16.). (Paul. lib. III. ad L. Jul. et Pap.)

L. 134 *de V. S.* (50. 16.). (Paul. lib. II. ad L. Jul. et Pap.) Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur: et consuetudo loquendi id ita esse declarat, *ante d. X. Kal., post d. X. Kal.*: neque utro enim sermone undecim dies significantur.

Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.

Die erste Stelle erklärt sich aus dem, was oben (§ 182) über die Bedeutung des extremus dies gesagt worden ist. War also das Kind am 1. Januar geboren, so ist der folgende 1. Januar, das heißt sein Geburtstag, der extremus dies des ersten Lebensjahres; wenn daher das Kind in irgend einem Theil dieses Tages stirbt, so ist es als

zugeschrieben, hauptsächlich weil die beiden oben im Text abgedruckten Stellen des Paulus, worin die Regel erwähnt und erklärt wird, aus einem Commentar über die L. Julia herrühren. Allein in einem solchen Commentar wurden ja unfehlbar viele verwandte Gegenstände abgehandelt, wenn sie auch in anderen Gesetzen ihren Ursprung haben mochten.

anniculus gestorben, und die Eltern haben das in der L. Aelia Sentia eingeführte Recht erworben (b). — Der hinzugefügte etwas dunkle Grund erklärt sich aus dem, was oben (§ 182. 183) über den Unterschied der in einem Gesetz erforderten Überschreitung oder Erfüllung eines Zeitraums gesagt worden ist. Paulus will sagen: Es würde anders seyn, wenn das Gesetz einen anniculo major gefordert hätte, dann müßte das Kind am 2. Januar gestorben seyn um den Eltern das Recht zu verschaffen, das Gesetz fordert aber in der That nur einen anniculus, und ein solcher ist schon mit dem Anbruch des Geburtstags vorhanden. Diesen Satz sucht er zu bestätigen durch die Analogie anderer Ausdrücke, die nach ihrem wörtlichen Schein gleichfalls auf die Überschreitung eines gewissen Zeitraums gedeutet werden könnten, in der That aber nicht so zu verstehen sind. Dieser Theil der Stelle ist schon oben (§ 180. f) ausführlich erklärt worden.

Die zweyte Stelle sagt, Anniculus heiße ein Kind nicht gleich nach seiner Geburt, sondern erst am 365sten Tag seines Lebens, und zwar am Anfang, nicht am Ende dieses Tages: denn das Jahr werde auf juristische Weise gerechnet, das heißt blos nach ganzen Tagen, ohne Rücksicht auf kleinere Zeittheile. — Daß der hier mit einer Zahl bezeichnete Tag ein Kalendertag ist, nicht ein beweg-

(b) Auch hier erklärt wieder Erb S. 207 den extremus ganz anders als er vorher S. 200. 201 den novissimus erklärt hatte, mit augenscheinlicher Inconsequenz; vgl. § 183. p.

licher Tag, folgt nicht blos aus den oben (§ 182) angegebenen allgemeinen Gründen, sondern ganz unmittelbar aus den Schlußworten, worin die Beachtung der momenta, auf welcher das Wesen des beweglichen Tags beruht, ausdrücklich verworfen wird. — Die Bedeutung der angegebenen Zahl hängt davon ab, ob Paulus den Anfangstag mitgezählt hat oder nicht; im ersten Fall läßt er das Kind anniculus werden am 31. December, im zweyten am 1. Januar. Da wir nun die Wahl haben, die eine oder die andere Zählungsart voraus zu setzen (§ 182), so müssen wir uns für die zweyte entscheiden, weil dadurch die Stelle sowohl mit der unmittelbar vorher erklärten, als mit den Stellen über die Usucapion und Manumission in Übereinstimmung gebracht wird, anstatt daß außerdem Alles unzusammenhängend und widersprechend bleiben würde. Es folgt aber auch unmittelbar aus den Schlußworten, welche den Grund der Entscheidung darin setzen, daß ad dies, nicht ad momenta, gerechnet werde; denn dieser Grund kann durchaus nur auf den Anfang des 1. Januars, nicht auf den des 31. Decembers, zurückführen. — Nach der aufgestellten Ansicht hätte Paulus, um seine Meynung auszudrücken, eben sowohl die andere Zählungsart anwenden, also die Zahl 366 angeben können; er hatte aber einen besonderen Grund, dieses hier nicht zu thun. Denn seit Cäsars Reform des Kalenders wußte Jeder, auch der Ungelehrte, daß das Jahr 365 Tage habe; bey dem Ausdruck anniculus kam also Jedem von selbst diese Zahl von

Tagen in den Sinn. Nannte er nun die Zahl 366, ſo entſtand ein wörtlicher, ſcheinbarer Widerſpruch zwiſchen dieſer Zahl und dem Ausdruck anniculus, welcher erſt durch eine künſtliche Erklärung aufgelöſt werden mußte; dieſen Anſtoß verhütete die Zahl 365, und da ſie die Sache eben ſo richtig ausdrückte (nämlich unter Vorausſetzung einer andern Zählungsart), ſo war es räthlich, ihr den Vorzug zu geben. — Der am Schluß der Stelle ausgedrückte Grund der Entſcheidung führt noch einige Dunkelheit mit ſich. An ſich waren drey Zeitpunkte denkbar: der Anfang des 1. Januar (incipiente die), das momentum temporis im Lauf deſſelben, und das Ende des Tages (exacto die). Paulus nun entſcheidet für den Anfang des Tages, wodurch ſchon von ſelbſt die zwey anderen denkbaren Zeitpunkte ausgeſchloſſen ſind; er verneint dann das exacto die noch ausdrücklich, und bezeichnet endlich als Grund die hier geltende Art der Zeitrechnung, welche blos auf dies, nicht auf momenta achtet. Dieſer Grund paßt allerdings nicht auf die unmittelbar vorhergehende Worte non exacto, ſondern auf das weiter entfernte incipiente, ſo daß man ſich das non exacto, das eigentlich auch ganz wegbleiben konnte, als blos parenthetiſch eingeſchoben denken muß.

Das Weſentliche der hier gegebenen Erklärung iſt auch ſchon anderwärts im Weſentlichen aufgeſtellt (c). Die Meiſten nehmen hier, wie bey der Manumiſſion, den An-

(c) Nämlich bey Unterholzner S. 310.

fang des 31. Decembers an, und unter diesen sind Diejenigen am Meisten in Verlegenheit, welche für die Usucapion den Anfang des 1. Januars als Vollendung ansehen (d). Eine besondere Widerlegung derselben liegt noch in einer anderen Stelle des Paulus, worin gerade auch bey der Usucapion eines Sklavenkindes der Ausdruck anniculus gebraucht wird, um das Lebensalter des Kindes auszudrücken, mit welchem die einjährige Usucapion vollendet, und also die bis dahin geltende publiciana als entbehrlich geworden ausgeschlossen ist (e): Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus. Durch die Bezeichnung beider Rechtsverhältnisse mit demselben Wort anniculus wird anerkannt, daß das Kind in demselben Zeitpunkt usucapirt wird, worin es den Eltern das Recht der L. Aelia Sentia erwirbt.

D. Testamentsfähigkeit.

L. 5 *qui test.* (28. 1.). (Ulp. lib. VI. ad Sab.).

A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumdecimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse?

(d) So Erb S. 226. 234, der hier die angebliche Verschiedenheit zwischen der Usucapion und dem anniculus noch weit gezwungener erklärt, als bey der Manumission (§ 183. r).

(e) *L.* 12 § 5 *de public.* (6. 2.).

Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur.

Der Gang des Gedankens iſt folgender. Iſt die Überſchreitung des vierzehenten Lebensjahres nöthig, oder die bloße Vollendung (f)? Das heißt, muß der am 1. Januar Geborene, um ein Teſtament zu machen, den 2. Januar abwarten, oder kann er es ſchon am 1. Januar, alſo am Geburtstag ſelbſt? Auch dieſes Letzte iſt gültig. Aber noch mehr: nicht blos der 2. Januar braucht nicht abgewartet zu werden, ſondern auch nicht einmal innerhalb des Geburtstags die Geburtsſtunde; vielmehr iſt zuläſſig die Abfaſſung des Teſtaments vom Anbruch des 1. Januars an. Wenn er alſo am 31. December die Nacht abwartet, und zwar die ſechſte Stunde dieſer Nacht, ſo

(f) Wenn man ad momenta rechnet, ſo iſt dieſe Frage widerſinnig, denn eine Handlung kann nicht in dem Augenblick des complesse geſchehen, ſondern nur entweder vorher, oder nachher, oder zwiſchen beiden Zeiträumen getheilt. Nach der Rechnung ad dies hat die Frage einen guten Sinn, und daß dieſer Sinn in der Stelle enthalten iſt, zeigt die Folge der Stelle unwiderſprechlich. Als untheilbarer Punkt des complesse gilt nun juriſtiſch der ganze 1. Januar, und dieſer iſt in der Wirklichkeit ausgedehnt genug, um viele Teſtamente in ſich entſtehen zu laſſen. — Es iſt alſo hier derſelbe Gegenſatz der Überſchreitung und bloßen Vollendung gedacht, der oben ſchon mehrmals erwähnt worden iſt. § 182. d, ferner in *L.* 1 *de manumiss.* (§ 183), und in *L.* 132 *de V. S.* (§ 184).

kann er zwar im Lauf derselben noch kein Testament machen, wohl aber ist es unmittelbar nach ihrem Ablauf (*post* sextam) gültig, also gleich nach der Mitternacht, die den 31. December vom 1. Januar scheidet, oder mit anderen Worten, gleich im Anfang des 1. Januars (g).

Diese Stelle nun hat mehr als alle andere die Meynung veranlaßt, daß die Civilcomputation auf den Anfang des vorhergehenden Tages zurück gehe, ja man kann annehmen, daß ohne sie schwerlich eine solche Meynung jemals entstanden seyn würde. Auch ist nicht zu läugnen, daß diese Meynung mit vielem Schein aus unsrer Stelle hergeleitet werden kann, wozu besonders zwey Umstände zusammen wirken. Erstlich das voran stehende pridie, welches sogleich die Vorstellung erzeugt, jede folgende Zeitbestimmung, also auch die gültige Abfassung des Testaments, müsse ganz in den Zeitraum des 31. Decembers fallen. Zweytens das plus arbitror, welches leicht zu folgender Stufenfolge führt: nicht blos der 2. Januar ist nicht nöthig, sondern selbst nicht der 1. Januar, indem schon der 31. December hinreicht. Für das plus arbitror ist jedoch schon oben eine andere, eben so natürliche, Erklärung gegeben worden (h). Aber auch für das voran gesetzte pridie

(g) Im Wesentlichen dieselbe Erklärung findet sich schon bey Unterholzner S. 307 fg. — Donellus § 3 hat dieselbe Meynung, aber ohne sie zu entwickeln. — Schon die Glosse hat beide Meynungen klar aufgefaßt und dargestellt, und sie giebt der hier vertheidigten den Vorzug.

(h) Die Glosse bezieht das plus arbitror auf die ersten, der Nacht angehörenden, Stunden des Kalendertags, im Gegensatz des Lichttags. Dafür läßt sich sagen, daß

läßt ſich folgende ungezwungene Entwicklung des Gedankens annehmen. Niemand erhebt ſich um Mitternacht, um den nun folgenden Tag anzufangen, wohl aber iſt Nichts gewöhnlicher, als daß die Thätigkeit eines Tages bis weit in die Nacht, und über deren Mitte hinaus, fortgeſetzt werde (§ 183. i). Im vorliegenden Fall nun wird ein Vierzehenjähriger gedacht, der Beweggründe hat, mit der Abfaſſung eines Teſtaments ſo viel als möglich zu eilen. Natürlich wird er dazu alle Anſtalten ſchon vorher machen, um keine Zeit zu verſäumen. Er wird alſo ſchon am 31. December (pridie) die Fünf Zeugen, den Libripens und den Emtor bey ſich verſammeln, die Urkunde, nebſt der Wage und dem Erz bereit halten, und ſo wie die Mitternacht vorüber iſt (post sextam h. n.) wird er augenblicklich die Formalität vollziehen, wozu ja eine ſehr kurze Zeit hinreicht. Das pridie iſt alſo voran geſtellt, um uns den natürlichen Hergang der Begebenheit deutlich vor Augen zu bringen.

Dieſe Bemerkungen ſollten mehr dazu dienen, die Gründe der Gegner zu entkräften, als die eigene Meynung poſitiv zu begründen. Für dieſe Begründung aber

Ulpian zuerſt das am *natalis* dies gemachte Teſtament für gültig erklärt. Dieſer Begriff gehört nicht der Rechtswiſſenſchaft, ſondern der geſelligen Sitte, alſo dem gewöhnlichen Leben an, und daher konnte durch dieſen Ausdruck der Blick ausſchließend auf den Theil des Kalendertags gelenkt werden, deſſen man ſich als Geburtstag bewußt zu werden pflegt, woran Glückwünſche und Geſchenke kommen; dagegen ſollte durch das plus arbitror gewarnt werden. Doch halte ich die oben im Text gegebene Erklärung für beſſer.

muß ich zuerst wieder geltend machen die große Unwahrscheinlichkeit, daß die ganze Frage sollte anders behandelt worden seyn bey den Testamenten als bey der Usucapion, der Manumission, und dem anniculus (i). Das Gewicht dieses Grundes wird verstärkt durch den Umstand, daß Ulpian hier augenscheinlich von demselben Gegensatz der Überschreitung und der bloßen Vollendung ausgeht, der auch in mehreren der vorher erklärten Stellen zum Grunde lag, und der also hier völlig gleiche Resultate, nicht, wie manche Gegner wollen, verschiedene, erwarten läßt. Für noch entscheidender aber halte ich endlich folgenden Umstand. Derselbe Ulpian bedient sich in drey Stellen folgender Ausdrücke:

hora sexta noctis pridie Kal. Jan. (Usucapion.)

post (horam) sextam noctis pridie Kal. (Manumission.)

pridie Kal. .. post sextam horam noctis (Testament.)

Ist es nun wohl denkbar, daß derselbe Schriftsteller so ganz ähnlich lautende Ausdrücke, blos mit veränderter Wortfolge, gebraucht haben sollte, um ganz verschiedene Begriffe zu bezeichnen, hier wo die Verwechslung so nahe lag, daß ihm die Gefahr derselben unmöglich entgehen konnte, und wo er also dringende Veranlassung hatte, den Gegensatz, wenn ein solcher in seinem Gedanken lag, so scharf als möglich hervor zu heben?

(i) Diese Zusammenstellung kann also nur gegen Diejenigen als Beweis gelten, welche (wie Erb) selbst schon bey der Usucapion dieselbe Rechnung vertheidigen, oder etwa durch die oben bey der Usucapion für diese Rechnung aufgestellten Gründe überzeugt werden möchten.

Was nun noch zu bemerken übrig bleibt, ist von geringerer Bedeutung. Die Worte: plus arbitror, und: ut Marciano videtur, haben Viele zu der Annahme verleitet, es müsse entweder Streit unter den alten Juristen gewesen seyn, oder Ulpian müsse durch neue Erfindung eine Änderung in diese Berechnung gebracht haben. Offenbar finden sie es unwahrscheinlich, wenn nur eine und dieselbe Civilcomputation (so wie ich es annehme) in allen angeführten Stellen enthalten wäre, daß davon Ulpian so zweifelnd rede, und eine ältere Autorität für seine Meynung anzuführen nöthig finde. Sie finden es also unbegreiflich, daß Ulpian viel Umstände machen sollte mit einem Rechtsbegriff, der ja in allen unsren Compendien steht, und jedem Zuhörer in den Pandekten, vielen schon in den Institutionen, vorgetragen wird. Sie vergessen dabey, daß die Römer auf andere Weise als wir zu ihrer Rechtskenntniß zu kommen pflegten, und daß sich namentlich bey ihnen niemals eine solche traditionelle Masse von Definitionen, Distinctionen, und anderem theoretischen Apparat, wie bey uns, anhäufen und fortpflanzen konnte. Der Fall von dem Testament eines genau Vierzehenjährigen war vielleicht niemals, vielleicht nur höchst selten vorgekommen, und etwa gerade einmal von Marcian zufällig erwähnt worden. Die Lehre von der Civilcomputation stand in dieser abstracten Gestalt, alle verschiedene Fälle umfassend, vielleicht in keinem einzigen juristischen Buch, und es waren nur gelegentlich die einzelnen Anwendungen derselben,

jede an ihrem besonderen Orte, erwähnt worden. Wenn man diese Lage der Sache unbefangen erwägt, so wird man die dem Ulpian hier zugeschriebene Auffassung und Ausdrucksweise wohl nicht mehr auffallend und unwahrscheinlich finden.

Fassen wir das Resultat der bisherigen Untersuchung zusammen, so geht es dahin. In vier verschiedenen Rechtsverhältnissen werden Rechte erworben in Folge eines abgelaufenen Zeitraums, und in allen diesen Fällen ist der Erwerb vollendet mit dem Eintritt der dem mathematischen Endpunkt vorhergehenden Mitternacht. Daraus können wir eine allgemeine Regel bilden, anwendbar auf jeden an einen Zeitlauf geknüpften Rechtserwerb. Es kann auch kein Unterschied gemacht werden, ob von einer fortgesetzten persönlichen Thätigkeit, oder von einem willenlosen Zustand die Rede ist; denn in dem ersten jener vier Fälle ist eine Thätigkeit als Inhalt des Zeitlaufs gemeynt (Besitz), in den drey anderen Fällen ein von dem Willen unabhängiger Zustand (Lebensdauer).

§. 185.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung.)

Ich gehe jetzt über zur Betrachtung solcher Fälle, worin durch fortgesetzte Unthätigkeit, also durch Versäumniß, ein Recht verloren wird. Hier war nach allgemei-

nen Ansichten der juristische Endpunkt auf die dem mathematischen Endpunkt nachfolgende Mitternacht gesetzt worden (§ 182). Dadurch wird der Zeitraum, in Vergleichung mit dem streng (ad momenta) berechneten etwas erweitert, und der Unthätige erhält dadurch auf seiner Seite einen kleinen Gewinn (a), in ähnlicher Weise wie bey der Usucapion der Besitzer Etwas an Zeit gewann. Indessen ist zu bemerken, daß in den Fällen des Verlustes dieser Gewinn aus natürlichen Gründen noch geringer ist, als bey dem Erwerb, ja in vielen Fällen ganz verschwindet, wodurch hier die Zulassung dieser bequemen Berechnungsart noch unbedenklicher wird. Denn wenn z. B. eine Klagverjährung, streng berechnet, am Mittag eines Tages ablaufen würde, so wird zwar durch unsere Regel die zulässige Anstellung der Klage bis zur folgenden Mitternacht ausgedehnt, allein von diesem Vortheil kann doch nur auf beschränkte Weise wirklicher Gebrauch gemacht werden: bey den Römern nur so lange der Prätor auf dem Forum verweilte, bey uns nur so lange eine Kanzley offen ist, in welcher der Klaglibell übergeben werden kann.

Die hier vorgetragene Lehre ist schon von Mehreren vertheidigt worden (b). Andere haben in diesen Fällen

(a) Man kann also hier den Ausdruck gebrauchen, der bey der stipulatio in diem gebraucht wird: „totus is dies arbitrio solventis (hier actoris) tribui debet." § 2 *J. de V. O.* (3. 15.).

(b) Schon die Glosse zu *L.* 6 *de O. et A.* (44. 7.) trägt unter mehreren Meynungen auch diese vor, und neigt am meisten zu ihr. Entschieden wird sie vertheidigt von Donellus § 5. 6, und am befriedigendsten von Unterholzner S. 297.

auf den Anfang des letzten Tages zurück gehen wollen (c); noch Andere nehmen hier die Rechnung ad momenta an (d). Diese letzte Meynung hat am wenigsten Veranlassung in den Aussprüchen der alten Juristen; sie gründet sich ohne Zweifel nur auf die oben (§ 182) gerügte willkührliche Bildung der Begriffe und Kunstausdrücke; denn indem man davon ausgieng, daß es nur zweyerley computatio gebe, eine civilis, welche den streng berechneten Zeitraum verkürzt, und eine naturalis, welche ihn unverändert läßt, so konnte man eine Ausdehnung desselben überhaupt nicht zulassen, und so führte die unkritisch angenommene Terminologie unvermerkt zu einem Irrthum in der Sache selbst.

Doch der Beweis der aufgestellten Behauptung, und die Widerlegung der entgegen stehenden, beruht auch hier auf der Erklärung der Stellen, welche von dem Verlust durch Versäumniß, und der dabey geltenden Zeitrechnung, handeln. Diese Stellen beziehen sich auf vier verschiedene Fälle: die Klagverjährung, einen ungenannten Fall, die Anklage wegen Ehebruch, und den Erwerb der Bonorum possessio.

A. Klagverjährung.

L. 6 *de O. et A.* (44. 7.). (Paul. lib. VII. ad Sab.). In

(c) Anstatt daß hier auf das Ende desselben die Zeit erstreckt wird; sie unterscheiden also von diesen Fällen die Testamentsfähigkeit dadurch, daß sie bey dieser letzten noch um einen Tag weiter zurück gehen. So Erb S. 201. 202. Reinfelder S. 111.

(d) Rücker p. 56. Göschen Vorlesungen I. S. 593

omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. *non finitur obligatio*).

Daß novissimus dies der Kalendertag ist, in welchen der mathematische Endpunkt fällt, ist oben gezeigt worden. Dieses nun vorausgesetzt, sagt die Stelle unzweifelhaft, die Obligation sey erst dann (per exceptionem) aufgehoben, wenn der erwähnte Kalendertag ganz abgelaufen sey, daß heißt bis zu dieser Zeit könne stets die Klage angestellt werden, ohne Rücksicht auf das momentum temporis, welches genau dem Anfang des Klagrechts entspricht. Schon die Wortfassung zeigt, daß Paulus einen denkbaren früheren Ablauf der Klagverjährung ausschließen will; dieses ist nun sowohl der Anfang des Kalendertags, als das momentum temporis, an welches letzte wohl zunächst und hauptsächlich gedacht seyn mag (e). Zwey Einwendungen sind gegen diese Erklärung vorgebracht worden (f). Erstlich soll in den Worten *totus* dies *compleatur* ein ungeschickter Pleonasmus liegen. Zweytens soll es widersinnig seyn, den streng berechneten Zeitraum sogar noch ausdehnen zu wollen. Der Pleonasmus ist in der That nicht vorhanden, denn auch bey der Rechnung ad momentum kann man sagen: *completur* dies usque *ad momentum*, und dagegen bildet das *totus* completur einen präcisen und

(e) Die in den Noten b. c. d. über die Frage im Allgemeinen angeführten Schriftsteller handeln insgesammt auch von dieser Stelle besonders.

(f) Erb S. 202.

gar nicht müßigen Gegensatz. Besonders aber ist hierüber gar nicht zu streiten, da in einer anderen Stelle Ulpian geradezu sagt: minorem annis XVII., qui eos non *in totum complevit* (g). Der Ausdruck nun, welchen hier Ulpian gut genug findet, wird wohl auch für Paulus nicht zu schlecht seyn. — Was aber die zweyte Einwendung betrifft, so kann der Widersinn nur von Dem behauptet werden, der sich zuvor einen willkührlichen Begriff von civilis computatio als einer Abkürzung des natürlichen Zeitraums gebildet hat, und so zerfällt denn auch dieser Einwurf in Nichts.

Diejenigen, welche die Stelle richtig erklären, wollen die Regel doch nur bey der Verjährung persönlicher Klagen gelten lassen, nicht bey der longi temporis praescriptio gegen die Eigenthumsklage (h). Daß Paulus zunächst an jene dachte, ist wegen der am Schluß erwähnten obligatio unverkennbar. Dennoch ist der Ausdruck temporales actiones so allgemein, daß er auch die in rem actiones mit umfaßt, auch liegt in dem Verhältniß der l. t. praescriptio zur Usucapion kein Hinderniß, beide auf verschiedene Weise zu berechnen. Ein praktischer Widerspruch kann daraus nicht erfolgen, da beide Rechtsinstitute nie in einem und demselben Fall zusammen treffen können: denn wo die Usucapion wirklich begründet ist, wird dadurch stets die l. t. praescriptio absorbirt, so daß diese letzte zu allen

(g) *L.* 1 § 3 *de postul* (3. 1.). Holzner S. 298.
(h) Donellus § 5. 6. Unter-

Zeiten nur als Surrogat der Usucapion, wo deren Bedingungen fehlten, eintreten konnte.

B. Ungenannter Fall.

L. 101 *de R. J.* (50. 17.). (Paul. lib. sing. de cognitionibus). Ubi lex duorum mensum facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est: ita enim et Imp. Antoninus cum Divo patre (vulg. *fratre*) suo rescripsit.

Wie die Stelle hier lautet, enthält sie eine allgemeine Interpretationsregel für alle Gesetze, vergangene und künftige, die etwa eine juristische Handlung an die Beobachtung einer Zeit von duo menses, und zwar genau mit Anwendung dieses Ausdrucks (facit mentionem), binden möchten. Niemand wird im Ernst behaupten wollen, daß Paulus eine solche abstracte Regel aufgestellt habe, besonders über Volksschlüsse, die ja schon längst, als wirkliche Mittel zur Fortbildung des Rechts, nicht mehr gebraucht wurden. Es wäre also eine Anweisung gewesen, wie man solche alte leges, in denen etwa der Ausdruck duo menses vorkam, verstehen und anwenden möge; diese aber ist nicht nur an sich selbst unwahrscheinlich, sondern vollends in einem ganz praktischen Werk, dem liber sing. de cognitionibus, wahrscheinlich einer Sammlung merkwürdiger Entscheidungen des kaiserlichen Gerichtshofs. In den Digesten allerdings hat die Stelle jene abstracte Bedeutung, und zwar nun gar nicht mehr in besonderer Beziehung auf

Volksschlüsse; davon wird auch noch unten Gebrauch gemacht werden. Paulus aber sprach ohne allen Zweifel von einer einzelnen Stelle einer bestimmten Lex, die er vorher angeführt haben muß; diese nun müssen wir auszufinden suchen. Man könnte denken an die 60 Tage in manchen Fällen der ädiliciſchen Klagen; allein das Edict der Ädilen konnte unmöglich eine Lex genannt werden. Oder an die 60 Tage in der Lex Julia de adulteriis; allein hier war der Ausdruck sexaginta dies gebraucht (§ 186. a.), und die Lex, die Paulus vor sich hatte, enthielt gerade den Ausdruck duo menses (facit mentionem). Oder an die duo menses, durch deren Ablauf eine nicht schriftlich geleistete Bürgschaft ihre Kraft verlor; allein Dieſes war wiederum nicht in einer Lex, sondern in dem Edict eines Präfectus Prätorio vorgeschrieben (i), und wahrscheinlich erst nach dem Zeitalter des Paulus. Eben so gründeten sich die zwey Monate bey dem Verkauf der Emphyteuſe, bey der Compensation gegen den Fiſcus (§ 181. l. m.), und bey dem Verkauf einer vom Richter abgepfändeten Sache (k), gewiß nicht auf Volksschlüsse. Sehr wahrscheinlich sprach Paulus von der Regel, nach welcher Jeder, der zu einem städtiſchen Amt gewählt war, und dagegen reclamiren wollte, dieſes nothwendig intra duos menses thun mußte. Hier kam in der That der Ausdruck duo menses in demjenigen Stück der alten Rechts-

(i) *L.* 27 *C. de fidejuss.* (8. 41.). (k) *L.* 31 *de re jud.* (42. 1.).

quellen vor, worin die Regel selbst enthalten war (l); daß dieses gerade eine Lex war, kein Edict oder Senatusconsult, wird zwar nicht dabey bemerkt, es läßt sich aber mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß es die Lex Julia municipalis war, diese allgemeine Städteordnung für alle Römische Bürgergemeinden (m). Zu dem Werk des Paulus de cognitionibus, woraus die Digestenstelle genommen ist, paßt diese Voraussetzung vollkommen, denn fast alle andere Stellen, die wir aus demselben Werk in den Digesten haben, handeln gleichfalls von Excusationen, theils von der Tutel (n), theils sogar geradezu von städtischen Lasten (o), worauf die aufgestellte Vermuthung auch unsere Stelle bezieht. So können wir also mit vieler Wahrscheinlichkeit den ursprünglichen Sinn der Stelle in folgenden Worten angeben:

Die Vorschrift der Lex (Julia), durch welche die Recla-

(l) *L.* 1 *C. de temp. et repar.* (7. 63.). „Si quis per absentiam nominatus .. ad duumviratus .. insulas .. ex eo die interponendae appellationis *duorum mensium spatia* ei computanda sunt, ex quo .. nominationem didicisse monstraverit" rel. (Es ist *L.* 10 *C. Th. de appell.* 11. 30.). — *L.* 2. *C. Th. de decur.* (12. 1.). „Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum, an ex nominatione Kalendarum computari *duum mensum spatia* debeant" rel. (vgl. oben § 181. t.). — *L.* 19 *C. Th. de apell.* (11. 30.). „Si ad curiam nominati .. putaverint appellandum, *intra duos menses* negotia perorentur."

(m) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. B. 9 S. 377. Es ist dieselbe Lex, aus welcher wir ein großes Stück unter dem bisher üblichen Namen der tabula Heracleensis besitzen.

(n) *L.* 29 *de tut. et cur.* (26. 5.), *L.* 42. 46 *de excus.* (27. 1.).

(o) *L.* 5 *de veteranis* (49.18.). — *L.* 228 *de V. S.* (50. 16.) spricht wenigstens auch von dem Municipalrecht.

mationen gegen städtische Wahlen an die Frist von duo menses gebunden werden, ist so anzuwenden, daß auch die am 61ten Tage erhobene Reclamation noch angenommen werden muß (p).

Unter dem dies dieser Stelle ist, nach den oben (§ 182) dargelegten Gründen, ein Kalendertag zu verstehen. Den größten Anstoß aber erregte von jeher sehr natürlich die Zahl 61, die weder mit der gewöhnlichen Berechnung des Monats zu 30 Tagen vereinbar schien, noch mit der anderwärts vorkommenden Bestimmung, daß die Anklage wegen Ehebruchs nothwendig am sechzigsten Tage erhoben werden müsse (q). Die Meisten nahmen von jeher an, es werde hier aus besonderer Milde ein Tag zugegeben, und da doch die Stelle so allgemein gefaßt, und mit der Vorschrift über den Ehebruch schwer vereinbar war, so wurde hinzugefügt, die Milde gelte nur da, wo menses, nicht wo dies in einem Gesetz erwähnt würden (r). Daß diese,

(p) Die Beziehung unsrer Stelle auf die Reclamationen gegen städtische Wahlen ist sehr alt. Schon die Glosse deutet sie an, indem sie als Parallelstelle die *L.* 1 *C. de temp. et repar.* anführt, jedoch nur als eine unter mehreren. Bulgarus im Commentar zum tit. de R. J. hat diese Parallele noch nicht angegeben. — J. Gothofredus im Commentar hat diese Beziehung nicht nur bestimmt behauptet, sondern auch auf überzeugende Weise dargethan. Nur darin bleibt er völlig unbefriedigend, daß er sich mit der Bedeutung von lex als einer gesetzlichen Vorschrift überhaupt begnügt („haec reg. uti dixi est nominatim de *legali* praescriptione *per menses*"), ohne einen bestimmten Römischen Volksschluß, woran doch Paulus nothwendig gedacht haben muß, anzugeben, oder auch nur darnach zu suchen.

(q) *L.* 30 § 1 *ad L. J. de adult.* (48. 5.).

(r) Die Milde macht schon die Glosse geltend, nach ihr viele An-

auf eben so blinde, als kleinliche, Willkühr hinführende, Ansicht widerlegt werde, wird wohl Niemand verlangen. — Andere haben die Stelle daraus erklärt, daß die Monate von verschiedener Länge sind, so daß 61 Tage für zwey Monate als eine Art von mittlerem Durchschnitt gelten können (s). Diese Annahme paßt jedoch nicht zu den vielen anderen Stellen, die den Monat bestimmt zu 30 Tagen angeben, und würde daher ganz vereinzelt in der angeführten Stelle erscheinen, wodurch sie die höchste Wahrscheinlichkeit gegen sich hat. — Endlich hat man auch gesucht, durch Emendation des Textes zu helfen, indem das primo weggelassen und blos sexagesimo gelesen werden sollte. Diesem Versuch aber widerspricht eine so vollständige Übereinstimmung der Handschriften und alten Ausgaben, wie sie sich sonst bey schwierigen Stellen nur selten findet (t); ja selbst wenn die Handschriften schwankend

dere; sehr ausführlich, und mit Unterscheidung der (milden) menses von den (nicht milden) dies, thut es auch J. Gothofredus im Commentar.

(s) Diese Aushülfe zur Erklärung unsrer Stelle ist alt, und findet sich namentlich schon bey J. Gothofredus. Zu einem allgemeinen Grundsatz über die Berechnung des Monats hat sie Schrader ausgebildet (§181. i.).

(t) Die Lesart sexagesimo vertheidigt Reinfelder S. 150 — 161, er hat aber dafür nur eine Stuttgarter Handschrift auftreiben können, und zwar nur nach erster Hand, denn auch hier hatte schon ein alter Corrector primo an den Rand geschrieben. Zwar schienen nach früheren Ausgaben die Basiliken und Eustathius für 60 zu sprechen, allein nach neueren berichtigten Texten findet sich auch in ihnen 61. Basilica ed. Fabrot. I. p. 78 vergl. mit ed. Heimbach I. p. 71. Eustathius hinter Cujacii Comm. in III. libros Lugd. 1562 p. 91 vergl. mit ed. Zachariae p. 149. Schon Schrader S. 207 hat auf überzeugende Weise die Lesart sexagesimo et primo vertheidigt. Daß in mehreren Hand-

wären, müßte die schwerere Leseart 61 der leichteren 60 vorgezogen werden, da wohl zu begreifen ist, wie ein anmaßender Abschreiber das schwere 61 in das leichtere 60 verwandeln konnte, nicht aber das Umgekehrte.

Um nun zur eigentlichen Lösung der Schwierigkeit zu gelangen, müssen wir zuerst erwägen, daß Paulus augenscheinlich die Absicht hat, eine größere Ausdehnung des Zeitraums geltend zu machen im Gegensatz irgend einer kleineren, an die man auch wohl denken könnte (u). — Den dies müssen wir, nach dem was schon öfter darüber bemerkt worden ist, durchaus für einen Kalendertag halten. — Bey Erklärung der Zahl haben wir die Wahl, die eine oder die andere Zählungsweise voraus zu setzen. Ich nehme nun an, Paulus hat hier den ersten Tag, das heißt den Tag an welchem der erwählte Duumvir die auf ihn gefallene Wahl erfahren hatte, *mitgezählt*; dann ist der 61te Kalendertag der novissimus, das heißt der, in welchen das momentum temporis fällt; wenn nun Paulus an diesem Tage die Reclamation ohne alle Einschränkung zuläßt, so liegt darin die Zulassung bis zur Mitternacht, und er sagt dann für die Berechnung dieser Reclamationsfrist genau dasselbe, was er in der *L.* 6 *de O. et A.* für die Berechnung der Klagverjährungen gesagt hatte (v). —

schriften das et vor primo fehlt, ist in der That ganz unbedeutend.

(u) Dieser Sinn liegt ganz deutlich in den Worten: *et* qui .. venerit, *audiendus est*, wodurch der möglichen Meynung widersprochen wird, als sey ein Solcher seines Rechts bereits verlustig geworden.

(v) Göschen Vorlesungen S. 593 erklärt die der Zahl 61 zum Grund liegende Zählungsart

Daß nun Paulus die hier vorausgesetzte Zählungsweise anwendete, erklärt sich schon daraus, daß diese überhaupt die üblichere gewesen zu seyn scheint; daß er aber hier anders zählte, als in der *L.* 134 *de V. S.* (§ 184), bedarf noch einer besonderen Erklärung. In dieser letzten Stelle sprach er vom anniculus, und da Jeder wußte, daß annus genau so viel heiße, als 365 Tage, so konnte es auf den ersten Blick Anstoß erregen, wenn daneben die Zahl 366 angegeben wurde. Diesen Anstoß zu vermeiden, zog Paulus die auch zulässige Zählungsweise vor, welche den Anfangstag nicht mit rechnet; ein solcher Anstoß war aber in unsrer Stelle nicht zu befürchten. Zwar könnte man einwenden, mensis bedeute ja auch eine Zeit von 30 Tagen, also duo menses 60 Tage; allein Dieses war doch nur eine als Nothhülfe angenommene juristische Fiction, in der Wirklichkeit hatten die Monate verschiedenen Umfang, und daher ist mensis gar nicht so wie annus

ganz richtig, aber sein vorgefaßter Begriff von naturalis und civilis computatio hindert ihn, davon den rechten Gebrauch zu machen. Er setzt nämlich den Ablauf des Zeitraums in das momentum temporis, und vereinigt diesen Sinn mit dem Ausspruch des Paulus dadurch, daß der, welcher vor dem *momentum* erscheine, doch auch ein solcher sey, qui sexagesimo et primo die venerit. Allein wenn Paulus das momentum als Gränze im Sinn hatte, so konnte er dieses nicht ohne die größte Unvorsichtigkeit unausgedrückt lassen. Die Unbestimmtheit seines Ausdrucks schließt wahre Allgemeinheit in sich; er will sagen, man könne erscheinen in jedem Theil des 61ten Tages, also bis zur Mitternacht. — Unterholzner S. 297 faßt das Resultat unsrer Stelle eben so auf wie ich, läßt sich jedoch auf die Rechtfertigung dieser Ansicht und auf die Beseitigung der Schwierigkeiten gar nicht ein.

dazu geeignet, schon durch den bloßen Wortlaut die Vorstellung einer bestimmten Zahl von Tagen in jedem Leser unmittelbar zu erregen. — Das Resultat also ist dieses. Paulus will gar nicht etwa die Länge der Monate bestimmen, diese setzt er vielmehr als bekannt voraus; er will den Satz ausdrücken, daß derjenige, dem eine Frist zum Handeln vorgeschrieben sey, den ganzen letzten Tag zum Handeln frey habe, also nicht etwa von dem momentum temporis, oder gar schon von dem Anfang des Tages an, die Befugniß zum Handeln verloren habe. Dieser Satz aber wird erst recht wichtig durch die abstracte Gestalt, worin wir die Stelle in den Digesten lesen, indem sie hier gar nicht mehr (wie in ihrer ursprünglichen Gestalt) auf ein einzelnes Rechtsverhältniß, sondern auf vorgeschriebene Fristen und Versäumnisse überhaupt geht. Denn das wird wohl kein Unbefangner behaupten wollen, daß die hier als Inhalt der Stelle entwickelte Regel auf zweymonatliche Fristen beschränkt sey, und auf Fristen von anderem Umfang keine Anwendung finde.

§. 186.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung.)

C. Anklage wegen Ehebruch.

L. 30 § 1 *ad L. J. de adult.* (48. 5.). (Paul. lib. 1. de adulteriis). Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

Die Lex Julia de adulteriis hatte dem Ehemann und dem Vater der Ehebrecherin das Recht gegeben, eine Zeit lang mit Ausſchließung aller Fremden die Anklage zu erheben, nach Ablauf derſelben ſollten auch Fremde klagen können. Dieſe Zeit war wörtlich auf sexaginta dies feſtgeſtellt (a), und nun ſagt Paulus in unſrer Stelle, auch der sexagesimus ſelbſt ſey in den sexaginta mit enthalten. Damit will er offenbar Denjenigen widerſprechen, die etwa an dem sexagesimus nicht mehr jenes Vorrecht zulaſſen möchten. Daß er einen Kalendertag meynt, kann nach den oben angegebenen Gründen nicht bezweifelt werden; wollte man gerade bey dieſer Stelle an einen beweglichen Tag denken, ſo hätte ſie den unerträglich trivialen Sinn: unter den geſtatteten 60 Tagen ſind nicht etwa nur 59 zu verſtehen. — Welchen Tag meynt nun aber Paulus? So ſonderbar dieſes auf den erſten Blick ſcheinen mag, muß ich dennoch behaupten, daß er auch hier wieder den novissimus dies meynt, alſo genau denſelben, welchen er in *L.* 101 *de R. J.* sexagesimus et primus nannte; dort hatte er nämlich den erſten Tag mitgezählt, hier zählt er ihn nicht mit. Hier aber ſo zu zählen, hatte er einen guten Grund in dem Ausdruck der Lex, welcher geradezu auf sexaginta dies lautete, und mit welchem er einen wörtlichen Widerſpruch in ſeiner Bezeichnung des novissimus

(a) *L.* 4 § 1 *L.* 11 § 6 *L.* 15 *pr. L.* 29 § 5 *L.* 30 § 1 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). Die ſo häufige, wörtlich gleich lautende Wiederholung der Ausdrücke läßt keinen Zweifel, daß dieſelben gerade ſo auch in der Lex ſtanden.

dies vermeiden wollte; es war also derselbe Grund, der ihn bestimmte, in der Stelle über den anniculus (§ 184) eben so zu zählen. Auch hätte es in der That allzu sonderbar gelautet, wenn er hätte sagen wollen: in diebus sexaginta *et ipse sexagesimus et primus est.* Nimmt man diese, wie ich glaube sehr natürliche, Vereinigung unsrer Stelle mit *L.* 101 *de R. J.* nicht an, so daß ein wesentlicher Unterschied in der Beurtheilung der beiden Fälle übrig bleiben müßte, so ist es unmöglich, eine irgend befriedigende Erklärung dieses Unterschieds zu finden; man verliert sich dann unvermeidlich in die Annahme einer gedankenlosen, inconsequenten Willkühr, die durch eine angebliche Milde u. s. w. nur schlecht verhüllt wird.

D. Frist der *Bonorum possessio.*

Im prätorischen Edict waren kurze Fristen gegeben, in welchen die Bonorum possessio von dem Prätor erbeten werden mußte; den Ascendenten und Descendenten Ein Jahr, den Seitenverwandten und Nichtverwandten Hundert Tage; der Ausdruck des Edicts war *intra* annum, *intra* centum dies (b). Wenn nun der Berufene am

(b) Ulpian XXVIII. § 10. „B. P. datur parentibus et liberis *intra annum* .. ceteris *intra centum dies.*" — *L.* 5 *pr. quis ordo* (38. 15.) „non cedent dies centum..praeteritis autem centum diebus." ... — Besonders aber die im Text abgedruckte Stelle. — Wenn es daher anderwärts heißt: intra *centesimum* diem, so ist darin nur die Angabe des Inhalts, nicht der Worte des Edicts zu suchen. *L.* 2 § 4 *quis ordo* (38. 15.), *L.* 1 § 8 *de succ. ed.* (38. 9.).

Schluß dieser Frist erschien, so konnte es zweifelhaft scheinen, ob er dieselbe gewahrt habe. Darauf bezieht sich folgende Stelle.

L. 1 § 9 *de succ. ed.* (38. 9.). (Ulp. lib. 49 ad Ed.). Quod discimus, *intra dies centum* bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut *et ipso die centesimo* bonorum possessio peti possit: quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint. Idem est, et si *in* diebus centum dicatur.

Diese Stelle hat die größte Ähnlichkeit mit der vorhergehenden (L. 30 ad L. J. de adult.), so daß fast blos auf deren genauere Erklärung verwiesen zu werden braucht. Auch hier will der Jurist einer denkbaren kürzeren Beendigung der Frist widersprechen. Er zählt auch hier so, daß er den Tag, an welchem der Berufene die angefallene Bonorum possessio erfahren hat, nicht mitzählt, und er nennt deswegen centesimus den Tag, den er auch novissimus oder centesimus et primus hätte nennen können. Er wählt diese Zählung und überhaupt die Zahlbezeichnung, um den Zusammenhang seines Ausspruchs mit den Worten des Edicts (intra dies centum) unmittelbar anschaulich zu machen, und um nicht in einen scheinbaren Widerspruch mit diesen Worten zu gerathen. Indem er nun sagt, der novissimus (oder centesimus) dies gehöre noch zu der gestatteten Frist, so heißt das (da es unbeschränkt gesagt ist) von selbst so viel, als: dieser ganze Tag, bis zur Mitternacht, gehört dazu, so daß diese Stelle

mit den drey vorhergehenden vollkommen übereinstimmt. Ihr eigenthümlich ist noch ein Einwurf, dem hier Ulpian zu begegnen nöthig findet. Das *intra* dies centum, sagt er, dürfe nicht so verstanden werden, als ob die verstattete Zeit weniger betrage als 100 Tage, so daß etwa schon mit dem vorletzten Tage die Frist abliefe; es heiße vielmehr, daß sie bis an die Gränze (und zwar die juristisch berechnete) Gränze derselben fortgehe. Dieses bestätigt er noch durch die Analogie von intra Kalendas, welches auch nicht heiße: diesseits der Kalenden (also nur bis zu pridie), sondern mit Einschluß der ganzen Kalenden selbst, bis zu deren völligem Ablauf.

Es muß hier noch eine gemeinschaftliche Bemerkung über alle hier erklärte Stellen, worin Zahlen vorkommen, hinzugefügt werden. Man könnte einwenden, die willkührlich abwechselnde Art der Zahlenbezeichnung von Seiten der Römischen Juristen sey durch ihre Zweydeutigkeit unvorsichtig gewesen, und eben darum könne sie nicht mit Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden. Diese Einwendung würde Grund haben, wenn den Verfassern der Stelle die Bezeichnung des Tages als eigentlicher Gegenstand des Zweifels und der Entscheidung vorgeschwebt hätte, wenn es ihnen darauf angekommen wäre, zu bestimmen, ob gerade dieser Tag, oder etwa der vorhergehende oder nachfolgende, die Frist endige. Dieses aber stand gar nicht in Frage; sie setzen überall als gewiß und bekannt voraus, daß stets nur von dem novissimus dies die Rede

seyn könne, und sie finden nur nöthig, nach Verschiedenheit der Fälle zu bestimmen, ob dessen Anfang, oder dessen Ende, oder das zwischen beiden Zeitpunkten liegende momentum temporis, als juristischer Endpunkt der ganzen Frist zu betrachten sey. Daher durften sie sich erlauben, in der Bezeichnung jenes bekannten und gewissen Tages minder sorgfältig zu verfahren, und dabey in jedem einzelnen Fall diejenigen Ausdrücke zu wählen, die sich recht anschaulich an die Worte der Lex oder des Edicts anschlossen, worin gerade die Frist bestimmt worden war.

Nach den Vier zuletzt erklärten Stellen (§ 185. 186.) ist in solchen Fällen, worin ein Recht durch Versäumniß einer Frist verloren werden kann, als juristischer Endpunkt diejenige Mitternacht anzusehen, welche auf das momentum temporis folgt. Hieraus eine allgemeine Regel zu bilden für alle Fälle, worin durch versäumte Frist ein Recht verloren werden kann, sind wir um so mehr berechtigt, als die eine der erklärten Stellen (L. 101 de R. J.) in den Justinianischen Digesten gar nicht auf ein einzelnes Rechtsverhältniß bezogen wird, sondern vielmehr die Natur eines allgemeinen Grundsatzes für alle Fälle der hier bezeichneten Art angenommen hat.

§. 187.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung.)

Ganz anders, als alle bisher betrachtete Fälle, wird die Minderjährigkeit behandelt, insofern dieselbe Grund einer Restitution ist. Wenn nämlich ein Minderjähriger an dem Geburtstage, an welchem er 25 Jahre alt wird, ein Geschäft vornimmt, und nun die Frage entsteht, ob er dagegen zu restituiren sey, dann soll weder auf den Anfang des Tages gesehen werden (wie bey der Usucapion), noch auf dessen Ende (wie bey der Klagverjährung), sondern auf das momentum temporis, das heißt auf diejenige Tageszeit, welche dem genau ermittelten Zeitpunkt seiner Geburt entspricht. Die merkwürdige Stelle, welche diesen Ausspruch auf ganz unzweifelhafte Weise enthält, ist folgende.

L. 3 § 3 *de minor.* (4. 4.). (Ulpian. lib. XI. ad Ed.)

Minorem autem XXV. annis natu, videndum, an etiam die (a) natalis sui adhuc dicimus, ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur: et, cum non-

(a) Die Florentina las ursprünglich an etia diem, jedoch ist schon in alter Zeit ein m hinter etia eingeschoben worden, so daß es nun heißt: an etiam diem. Unterläßt man diese Einschiebung eines neuen Buchstaben, und versetzt blos das hinter die stehende m hinter etia, so entsteht die einfache, befriedigende Lesart, welche hier im Text abgedruckt und schon von Cujacius vorgeschlagen worden ist. Sehr abweichend ist die Lesart von Haloander, und noch mehr die von Wenk (Vacarius p. 205 sq.) vorgeschlagene, bey welchem sich auch reichliches Material zu dieser kritischen Frage findet. Für unsren Zweck ist dieselbe gleichgültig.

dum compleverit, ita dicendum, *ut a momento in momentum tempus spectetur.*

Bey dieser Stelle kann kein Zweifel über den Sinn seyn; schwieriger ist es den Grund dieser Entscheidung zu finden, welcher zugleich Aufschluß über das Verhältniß derselben zu den bisher dargestellten abweichenden Regeln geben muß. Man könnte zuerst geneigt seyn, den Ablauf der Minderjährigkeit als eine Rechtserwerbung anzusehen, indem der Volljährige fähig wird, Verträge mit voller Sicherheit für den Gegner zu schließen, anstatt daß ihm dieser solche Verträge vielleicht verweigern wird, so lange die Minderjährigkeit die Gefahr künftiger Restitution mit sich führt. Von diesem Standpunkt aus betrachtet stände die Volljährigkeit auf gleicher Linie mit der Usucapion und der Testamentsmündigkeit, nach deren Analogie die vorhergehende Mitternacht als Gränzpunkt gelten müßte, wodurch also der Zeitraum etwas verkürzt werden würde. — Von einer andern Seite könnte man es als einen Rechtsverlust ansehen, da der bisher Minderjährige nunmehr den Schutz verliert, den ihm die Restitution gegen die Folgen unüberlegter Handlungen gewährte. Dann würde nach der Analogie der Klagverjährung die nachfolgende Mitternacht als Gränzpunkt anzusehen seyn, die Zeit der Minderjährigkeit also etwas ausgedehnt werden. — Allein rein und vollständig würde auch diese Analogie nicht behauptet werden können, da die Klagverjährung eben so wie die mit ihr zusammen gestellten anderen Fälle,

auf einem Verlust durch Versäumniß beruht, anstatt daß der durch Volljährigkeit herbeygeführte Verlust auf einem unfreywilligen Naturereigniß beruhen würde. Auch konnte gegen jede Ausdehnung des Zeitraums der Grund geltend gemacht werden, daß die Restitution überhaupt, als ein sehr anomalisches Recht, zu einer so freyen Behandlung weniger geeignet scheine. — Vielleicht waren es diese widerstreitende Gründe, wodurch die Römischen Juristen bewogen wurden, beide Arten der civilen Zeitrechnung, die erweiternde wie die abkürzende, in dem erwähnten Fall aufzugeben, und bey dem mathematischen Endpunkt als Gränze des restituirbaren Alters stehen zu bleiben. Als Folge davon treten nun allerdings alle die Schwierigkeiten ein, welche oben (§ 181) dargestellt worden sind. In der wirklichen Anwendung stellt sich Dieses auf folgende Weise. Die Frage kann nur vorkommen, wenn der vormals Minderjährige Restitution begehrt. Nun ist es seine Sache, den Richter zu überzeugen, daß das streitige Rechtsgeschäft vor derjenigen Tageszeit geschlossen wurde, welche der Tageszeit seiner Geburt entsprach. Gelingt es ihm mit diesem Beweise nicht, bleibt also die eine oder die andere Tageszeit ungewiß, so ist die Bedingung der Restitution nicht vorhanden, das am Geburtstag geschlossene Geschäft ist dann der Restitution nicht unterworfen, und für solche Fälle ist der letzte Erfolg derselbe, wie wenn überhaupt die Volljährigkeit mit der vorhergehenden Mitternacht, also auf gleiche Weise wie die Testamentsmündigkeit, anfienge.

Es verdient sehr hervorgehoben zu werden, daß Dieses der einzige Fall ist, in welchem die strenge Zeitrechnung (a momento in momentum) in unsren Rechtsquellen angewendet wird (b), während diejenige Rechnung, welche auf die vorhergehende oder nachfolgende Mitternacht das Ende eines Zeitraums überträgt, diesen also etwas verkürzt oder erweitert, in einer nicht geringen Zahl verschiedenartiger Fälle nachgewiesen worden ist. Dabey liegt unverkennbar die Ansicht zum Grunde, nach welcher diese strenge Zeitrechnung als eine unerwünschte Aushülfe in möglichst enge Gränzen der Anwendung einzuschließen ist. — Auch ist wohl zu bemerken, daß dieser einzige sichere Fall der Momentenrechnung ein solcher ist, worin der vorgeschriebene Zeitraum in ganzen Jahren besteht; bey Zeiträumen, die auf eine Anzahl von Tagen oder Monaten bestimmt waren, also nicht in ganzen Jahren bestanden, wäre es für die Römer fast unmöglich gewesen, nach Momenten zu rechnen (§ 181. x.).

§. 188.

VI. Die Zeit. 3. Civile Zeitrechnung. (Fortsetzung).

Die Art, wie der Endpunkt juristisch wichtiger Zeit-

(b) Nämlich ganz gewiß der einzige Fall, worin Dieses mit klaren Worten ausgesprochen ist, nach der von mir versuchten Erklärung der übrigen Stellen in der That auch der einzige Fall überhaupt. Andere Schriftsteller freylich haben auch in die Stellen, welche von dem Rechtsverlust durch Versäumniß handeln, eine solche Zeitrechnung durch gezwungene Interpretation hinein zu tragen gesucht § 185. d. v.

räume bestimmt werden soll, ist bisher in einer Reihe einzelner Rechtsinstitute untersucht worden; es bleibt nun übrig, Regeln für die Beurtheilung derjenigen Institute aufzustellen, worüber sich unsre Rechtsquellen nicht besonders aussprechen.

Die hierüber von Anderen aufgestellten Regeln kann ich nicht als befriedigend anerkennen. Man hat gesagt, die naturalis computatio bilde die Regel, die überall eintreten müsse, wo nicht die civilis als Ausnahme besonders anerkannt sey. Diese Meynung beruht auf der ganz irrigen Annahme, die civilis habe die Begünstigung gewisser Personen zum Zweck, sie sey also eine Art von Privilegium; sie ist aber in der That nur dazu bestimmt, eine für alle Theile lästige Erschwerung der Rechtsverfolgung zu beseitigen. Auch steht damit die Wahrnehmung im Widerspruch, daß die Römer in so zahlreichen Fällen die Erleichterung der civilen Zeitrechnung anerkennen, anstatt daß nur in einem einzigen die strenge Rechnung ad momenta vorkommt.

Andere haben gesagt, die civilis gelte in den Instituten des jus civile, die naturalis in denen des jus gentium (a). Auf diese Behauptung hat blos der Wortlaut geführt, wobey noch besonders zu bedenken ist, daß die Ausdrücke civilis und naturalis computatio selbst unächt sind (§ 182.). Man setzt dabey stillschweigend voraus, Das was man ci-

(a) Noodt Comm. in Pand. tit. de minoribus. Reinfelder S. 16.

vilis computatio nennt, beruhe auf einer Subtilität des jus civile, da es doch nur die Befriedigung eines ganz praktischen Bedürfnisses durch etwas freye Behandlung der Rechtsverhältnisse ist. Eine solche Behandlung aber ist der Natur des jus gentium sogar vorzugsweise angemessen.

Näher der Wahrheit kommt die Ansicht, nach welcher die civilis oder naturalis computatio angewendet werden soll, je nachdem die eine oder die andere der Person vortheilhafter ist, deren Rechte hier zunächst in Betracht kommen (b). Nur mußte man mit dieser Unterscheidung nicht bey der Berechnung ad momenta stehen bleiben, sondern den Endpunkt noch weiter vorrücken.

Der einzig sichere Weg besteht darin, daß wir aus den in unsren Rechtsquellen entschiedenen Fällen Regeln bilden, wozu schon oben der Anfang gemacht worden ist (c), und dann die nicht entschiedenen Fälle nach diesen Regeln beurtheilen. Auf diesem Wege kommen wir zuerst auf Zwey einfache Regeln, woraus die meisten Fälle eine sichere Entscheidung erhalten können; es bleiben dann nur noch wenige Fälle zu weiterer Untersuchung übrig.

Erste Regel. Wer durch den Ablauf eines Zeitraums ein Recht erwirbt, kann dieses in Anspruch nehmen schon von dem Anfang des letzten Kalendertages an. Es ist Dieses die Regel, welche wir oben in Anwendung fanden bey der Usucapion, der Mammission, dem anniculus, und

(b) Rücker p. 70. Ende des §.
(c) § 184. 186, jedesmal am

der Testamentsmündigkeit. Dieselbe ist nun ferner anzuwenden in folgenden Fällen.

1. Bey der Fähigkeit zur Ehe, die in demselben Zeitpunkt eintritt, wie die Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments, und nach unsrer Regel gleichfalls von dem Anfang des Geburtstages an behauptet werden muß (d). Das praktische Interesse der Regel würde sich hier zeigen, wenn etwa in der ersten Hälfte des Tages, und vor dem momentum der Geburtszeit, die Ehe geschlossen wäre, und noch in demselben Zeitraum eine Schenkung unter den Ehegatten vorkäme; diese würde eine nichtige Handlung seyn. Eben so wenn in demselben Zeitraum, bald nach geschlossener Ehe, der eine Ehegatte das Leben verlöre; die ehelichen Rechte, namentlich in Beziehung auf die Dos, würden hier schon völlig erworben seyn.

2. Bey dem Ablauf des Trauerjahrs. Wenn also die Wittwe an dem wiederkehrenden Todestag des ersten Mannes, und zwar vor der Todesstunde, eine neue Ehe schließt, so wird sie von den auf das verletzte Trauerjahr gesetzten Strafen nicht mehr betroffen.

3. Die Rückforderung der in baarem Gelde und ähn-

(d) *L.* 4 *de ritu nupt.* (23. 2.) „cum apud virum *explesset* duodecim annos." — *L.* 24 *C. de nupt.* (5. 4.) „.. tempus .. in quo nuptiarum aetas, vel feminis *post duodecimum annum* accesserit, vel maribus *post quartum decimum annum completum*." .. Diese Ausdrücke können über die Frage nicht entscheiden, da sie in Stellen gebraucht sind, worin von der scharfen Gränzbestimmung, je nach verschiedenen Arten denkbarer Berechnung, gar nicht die Rede ist. — Rücker p. 54 will hier ad momenta rechnen.

lichen Vermögensstücken bestehenden Dos sollte nach altem Recht annua, bima, trima die geschehen dürfen (e); die Befugniß fieng also an mit Anbruch des Tages, ohne Rücksicht auf die Tageszeit des Todes oder der Scheidung. Das praktische Interesse dieser Anwendung war nicht erheblich.

4) Nur Derjenige sollte postuliren dürfen, welcher das siebenzehente Jahr zurückgelegt hatte (f). Diese Befugniß fieng also an mit dem Anbruch des Geburtstags, ohne Rücksicht auf die Stunde der Geburt.

Eine Ausnahme der Regel sollte eintreten, wenn ein Gesetz den Erwerb des Rechts ausdrücklich an die Überschreitung eines Zeitraums geknüpft hatte; so war die Freyheit von städtischen Ämtern und von Vormundschaften nur dem *major* septuaginta annis zugesagt (§ 182. d). Wird also einem Siebenzigjährigen eine Vormundschaft deferirt an seinem Geburtstage, so genießt er jene Befreyung nicht, wohl aber wenn es am folgenden Tage geschieht (g).

Zweyte Regel. Wer durch Unthätigkeit nach Ab-

(e) Ulpian. VI. § 8.

(f) *L.* 1 § 3 *de postul.* (3. 1.) „minorem annis decem et septem, qui eos *non in totum complevit*, prohibet postulare." Diese Worte gehen hier nicht auf die genaue Gränzbestimmung im letzten Tage (wozu das Interesse allzu geringfügig war), sondern sie fordern nur überhaupt den Ablauf des Jahres, und sollen also Diejenigen ausschließen, die schon nahe an 17 Jahren sind, und die man nach der Analogie des impubes pubertati proximus zuzulassen versucht seyn konnte. Rücker p. 53 rechnet auch hier ad momenta, welches in dieser Anwendung überaus kleinlich ist.

(g) *L.* 2 *pr. de excus.* (27. 1.).

lauf eines bestimmten Zeitraums ein Recht verlieren soll, kann noch am ganzen letzten Kalendertag handeln, so daß der Verlust erst mit dem Ablauf dieses Tages eintritt. Es ist Dieses die Regel, die wir oben angewendet fanden bey der Klagverjährung, der Anklage wegen Ehebruch, und bey der bonorum possessio; außerdem noch in einer Stelle, die im Justinianischen Recht eine ganz allgemeine Gestalt angenommen hat. Diese Regel ist nun ferner in folgenden Fällen anzuwenden.

1) Bey der im alten Recht vorgeschriebenen Prozeßverjährung von 18 Monaten für die legitima judicia (h). Am letzten Kalendertage also konnte noch der Juder ein gültiges Urtheil fällen.

2) Bey der Restitution, deren Vier Jahre hierin ganz die Natur der Klagverjährung haben.

3) Bey der Excusation von der Vormundschaft, die an eine Frist von 50 Tagen gebunden ist.

4) Bey dem Inventarium einer Erbschaft, welches binnen 30 Tagen angefangen und binnen den folgenden 60 Tagen geendigt werden soll. Beides kann noch im Lauf des ganzen letzten Kalendertages geschehen, und ist alsdann hinreichend um den Verlust des Rechts abzuwenden.

5) Bey Prozeßfristen, mögen nun diese in Gesetzen oder in richterlichen Verfügungen ihren Grund haben. Unter allen Anwendungen der für den Endpunkt juristischer Zeiträume aufgestellten Regeln ist keine so häufig und

(h) Gajus IV. § 104.

darum so wichtig als diese, welche in größeren Gerichten fast täglich vorkommt. Und gerade für diese Anwendung finden sich unerwarteter Weise die stärksten und mannichfaltigsten Bestätigungen der hier aufgestellten Ansicht (i).

Sie wird bestätigt durch die Autorität sehr angesehener praktischen Juristen, nur freylich in einer Gestalt, worin man leicht übersieht, daß es in der That die hier aufgestellte, und in wichtigen Anwendungen des Römischen Rechts nachgewiesene Regel ist. Jene lehren nämlich, in den Prozeßfristen müßte nicht schon von dem Tage, woran die Frist gegeben wird, sondern erst vom folgenden Tage an, gezählt werden (k). So ausgedrückt, sieht es aus wie eine willkührliche, grundlose Begünstigung der Partey, welcher die Frist vorgeschrieben wird, und es haben daher andere Schriftsteller, von dem Standpunkt einer vermeyntlichen strengen Theorie aus, Widerspruch dagegen erhoben (l); in der That aber ist es nur die oben darge-

(i) Nicht selten führt man die *L.* 1 *si quis caut.* (2. 11.) zur Bestätigung dieser Anwendung an, die doch in der That keine Verbindung damit hat. Der Prätor ließ einen entfernt wohnenden Beklagten in der Art die Erscheinung vor Gericht versprechen, daß ihm auf jede 20 Römische Meilen Entfernung ein Reisetag gestattet wurde; dabey sollte noch der Tag der Stipulation und der Tag des Gerichts selbst außer Rechnung bleiben. Das heißt aber nur, der Beklagte solle nicht genöthigt seyn, noch am Abend des letzten Reisetages vor dem Richter aufzutreten. Mit der Berechnung des Endpunkts eines ganzen Zeitraums hat Das keinen Zusammenhang.

(k) Böhmer Jus eccl. Prot. Lib. 2 T. 14 § 5 „*post diem insinuationis* dilatio praescripta currere incipit." Voetius II. 12 § 14. Gensler Archiv B. 4 S. 197.

(l) Glück halte in früherer Zeit blos die gewöhnliche Lehre der Praktiker vorgetragen (B. 3

stellte Lehre des Römischen Rechts, nach welcher bey den Klagverjährungen u. s. w. der letzte Kalendertag dem Berechtigten bis an seinen Ablauf offen stehen soll. Denn es ist im Erfolg ganz einerley, ob man sagt, eine Frist werde gleich von dem Zeitpunkt an gerechnet, woran sie angesetzt wurde, jedoch so daß der ganze letzte Kalendertag zum Handeln frey stehe, oder ob man es so ausdrückt: die Zählung der vorgeschriebenen Tage solle erst von dem folgenden Kalendertage anheben.

Dieselbe Lehre findet endlich aber auch ihre Bestätigung in der Praxis aller Gerichte. Wenn eine einmonatliche Frist zur Einreichung einer Prozeßschrift am 5. September gegeben ist, so wird der erkennende Richter nur darauf sehen, ob die Schrift spätestens am 5. Oktober eingereicht worden ist, und er wird Dieses für genügend halten, ohne zu prüfen, ob dieses vielleicht in einer späteren Tagesstunde geschah, als an welcher die Frist gegeben worden war; gerade Das aber ist der Sinn und Erfolg der hier für die Prozeßfristen (übereinstimmend mit den Klagverjährungen) aufgestellten Regel. Nur allein bey der Appellationsfrist von Zehen Tagen nimmt man an, daß dieselbe ad momenta zu berechnen sey (m), jedoch

§ 267). Späterhin, bey der Lehre von den Excusationen (B. 32 S. 101—103), erkennt er dieselbe zwar auch noch, als in der Praxis herrschend, an, verwirft sie aber von Seiten der Theorie.

(m) Man gründet dieses auf die Worte der Nov. 23 C. 1 „intra decem dierum spatium, *a recitatione sententiae numerandum.*" In der That aber sind diese Worte eben so vereinbar mit einer Berechnung ad dies, als ad momenta.

nur unter der Voraussetzung, daß die Tageszeit der Insinuation des Urtheils bemerkt und beglaubigt worden ist, welches in früheren Zeiten sehr gewöhnlich beobachtet wurde; wenn dagegen diese genaue Zeitangabe fehlt, und nur der Tag der Insinuation in den Akten bemerkt ist (welches heutzutage der häufigere Fall in Gerichten seyn wird), so giebt man auch für die Appellation zu, daß sie zehen Tage nach der Insinuation, ohne Rücksicht auf die Tageszeit, eingelegt werden darf (n), worin denn wiederum eine Anerkennung der hier aufgestellten Regel liegt.

Es bleibt nun noch zu untersuchen übrig, ob es nicht Fälle gebe, welche nach keiner der aufgestellten beiden Regeln zu beurtheilen seyen, sondern vielmehr nach der Regel der Berechnung ad momenta, also nach der Analogie der Minderjährigkeit als Bedingung der Restitution.

Dahin gehört nun vor Allem die Minderjährigkeit als Grund und Bedingung einer Curatel. Das praktische Interesse dieser Frage liegt nicht etwa darin, daß gezweifelt werden könnte, ob der Minderjährige einen Tag früher oder später die Auslieferung des Vermögens verlangen könne; denn ehe der Rechtsstreit hierüber entschieden werden könnte, würde unfehlbar jener zweifelhafte Tag abgelaufen seyn. Das Interesse liegt vielmehr darin, daß an dem Geburtstage einseitige Veräußerungen von dem Curanden, oder auch von dem Curator, vorgenommen

(n) Böhmer Jus eccl. Prot. Lib. 2 T. 48 § 48.

seyn können. Die Gültigkeit jener und dieser Handlungen hängt von dem genau bestimmten Endpunkt der Curatel ab; vor diesem Ende kann der Minderjährige, nach demselben der Curator, nicht gültig handeln. Hier nun glaube ich, daß es ganz unnatürlich seyn würde, für die Curatel einen andern Endpunkt eintreten zu lassen, als für die Restitution, da beide Rechtsinstitute den gemeinschaftlichen Zweck haben, den Minderjährigen gegen seine nachtheilige Handlungen zu schützen, und diesen Zweck nur durch verschiedene Mittel und Formen verfolgen. Daher ist das Ende der Curatel genau nach der Tageszeit der Geburt (ad momentum) zu bestimmen; wird diese Zeit bezweifelt, so hat jedesmal Derjenige den Beweis zu führen, der nach den vorliegenden Umständen als Kläger auftritt, und der mislingende Beweis muß Diesem zum Nachtheil gereichen.

Ganz dieselbe Frage, gegründet auf dasselbe Interesse, trat ein bey der Mündigkeit, von welcher die eigene Handlungsfähigkeit des Mündels, zugleich aber das Ende der Tutel und der Rechte des Vormundes abhingen (o). Hier scheint es auf den ersten Blick natürlich, dieselbe Regel

(o) Man könnte hier versuchen, die Frage vor Allem nach den gesetzlichen Bestimmungen über das Ende der Tutel zu entscheiden. *pr. J. quib. modis tut.* (1. 22.) „post annum XIV. *completum.*" *L.* 3 *C. quando tut.* (5. 6.) „*post excessum* XIV. annorum ... post *impletos* XII. annos." Allein da in diesen Stellen nicht unsre bestimmte Frage zur Entscheidung vorlag, also der Gegensatz verschiedener Zeitpunkte im letzten Tage nicht bestimmt in's Auge gefaßt war, so läßt sich auf jene Ausdrücke kein Gewicht legen. Vergl. Koch S. 71—73. Erb S. 239.

gelten zu lassen wie bey der Testamentsmündigkeit, also auf die vorhergehende Mitternacht (nach Anderen um einen Tag weiter) zurück zu gehen. Allein bey genauerer Betrachtung erscheinen doch die Verhältnisse etwas verschieden, indem die Tutel eine Schutzanstalt gegen Gefahren in sich schließt, von welchen bey der Unfähigkeit zum letzten Willen nicht die Rede ist. Dagegen ist die Gleichartigkeit der Tutel mit der Curatel hierin so unverkennbar, daß ich es für richtiger halte, auch bey dem Ende der Tutel die Rechnung ad momenta im Römischen Recht anzunehmen. — Übrigens verschwindet diese letzte Frage völlig für unser heutiges Recht, in welchem die Tutel der Unmündigen mit der Curatel der Minderjährigen zusammen fällt, also ein besonderes Ende der Tutel nicht mehr eintritt. Auch bey den Römern war das Interesse der Frage in Beziehung auf die Tutel geringer. Erstlich weil der Unmündige unmittelbar in die Minderjährigkeit eintrat, nun also gegen seine eigene Unvorsichtigkeit durch Restitution, späterhin auch durch die Curatel, geschützt war. Zweytens weil in der alten Zeit, wie ich glaube, das Ende der Tutel meist nicht an das bestimmte Alter, sondern an die Anlegung der männlichen Toga, also an eine willkührliche und feyerliche Handlung, geknüpft war (§ 109).

In denjenigen Fällen, worin gar nicht von dem Ablauf eines ganzen, gleichmäßig erfüllten Zeitraums, son-

dern von der Benutzung eines einzelnen in denselben fallenden Zeitpunktes, die Rede ist (§ 177), müssen die aufgestellten Regeln nach ihrem allgemeinen Sinn dergestalt angewendet werden, daß Derjenige, der aus einem solchen Zeitpunkte ein Recht ableiten will, innerhalb des äußersten Tages frey wählen kann, so wie es ihm am Vortheilhaftesten ist. Wer also die Legitimität eines Kindes deswegen behauptet, weil 182 Tage vor der Geburt eine Ehe geschlossen worden ist, wird diese Behauptung auch dann begründet haben, wenn die Ehe am Abend geschlossen, die Geburt aber am Morgen erfolgt war. Umgekehrt wird Derjenige, dem ein Pferd am Abend getödtet ist, wenn er ein Jahr vorher den höheren Werth ausmitteln will, bis auf den Morgen des der Tödtung entsprechenden Kalendertages zurückgehen dürfen. Durch eine solche Berechnung wird also der mathematisch begränzte Zeitraum der 182 Tage oder des Jahres im ersten Fall um Etwas verkürzt, im zweyten um Etwas verlängert seyn.

Zuletzt soll noch gefragt werden, was über den Endpunkt juristischer Zeiträume außer dem Römischen Recht vorkommen mag.

Im alten Deutschen Recht finden sich nicht selten Zugabetage (p). Diese könnte man wohl auf eine ähnliche Ansicht zurück führen, wie die welche bey Berechnung der

(p) Grimm Rechtsalterthümer S. 221.

Römischen Klagverjährung zum Grunde liegt; doch wage ich nicht, etwas Bestimmtes darüber zu behaupten.

Das Preußische Landrecht hat ganz die Grundsätze angenommen, die ich hier in dem Römischen Recht nachzuweisen gesucht habe, nur noch in größerer Allgemeinheit. Jeder Zeitraum soll, wenn durch seinen Ablauf ein Recht erworben wird, mit dem Anfang des letzten Tages beendigt werden (q), wenn dadurch ein Recht verloren wird, mit dem Ende des Tages (r). Eine Berechnung ad momenta kommt daneben gar nicht vor; die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen fängt insbesondere mit dem Anbruch des Geburtstages an (s), so daß diese Veränderung als reiner Erwerb eines Rechts behandelt wird.

Das Französische Gesetzbuch hat die Regel, welche im Römischen Recht für den Verlust durch Versäumniß gilt, allgemein gemacht, so daß jeder juristische Zeitraum geendigt wird mit dem Ablauf des letzten Tages, also mit der nachfolgenden Mitternacht (t). Daher werden hier alle Zeiträume in der That bald mehr bald weniger verlän-

(q) A. L. R. I. 3 § 46.

(r) A. L. R. I. 3 § 47, I. 9 § 547. 549.

(s) A. L. R. I. 5 § 18.

(t) Code civil art. 2260. 2261. „La prescription se compte par jours, et non par heures. — Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli." — Dernier jour könnte an sich zweydeutig scheinen; in Verbindung mit dem vorhergehenden Artikel kann es nur der Kalendertag seyn. — Diese Bestimmungen sind die dispositions générales für die Zeit der Verjährung, so daß sie die Usucapion und Klagverjährung zugleich umfassen. Es ist wohl unbedenklich, sie auch auf den Ablauf aller anderen juristischen Zeiträume anzuwenden, da die Absicht der Simplification zum Grunde liegt.

gert, mit Ausnahme der seltenen Fälle, worin der bewegliche Tag mit einem Kalendertag zufällig zusammen trifft. Es ist aber diese Bestimmung als absichtliche Änderung des früher geltenden Rechts getroffen worden, welches durch die Vorschriften des Römischen Rechts bestimmt worden war; diese Vorschriften selbst hatte man bey der Abfassung des neuen Gesetzbuchs ganz richtig aufgefaßt (u).

§. 189.

VI. Die Zeit. 4. Utile tempus.

Hauptstellen:

L. 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.).

L. 2 *quis ordo* (38. 15.).

Schriftsteller:

Donellus XVI. 8 § 17.

Haubold opuscula T. 1 p. 397—438 (von 1791); vgl. Wenck praefatio p. XXX.

Chr. G. Gmelin über die stete und zusammengesetzte Zeit, in: Danz, Gmelin und Tafinger critisches Archiv der jur. Lit. Tübingen 1802 B. 2 S. 193—244.

Die civile Zeitrechnung, von welcher bisher als von einer Modification der regelmäßigen Berechnung die Rede war, konnte bey Zeiträumen aller Art in Frage gestellt

(u) Code civil suivi des motifs T. 7 p. 148 (Rede von Bigot-Préameneu). Maleville T. 4 p. 148.

werden: das utile tempus, von welchem nunmehr, als einer zweyten möglichen Modification, die Rede seyn soll, ist schon durch seinen Begriff auf solche Zeiträume beschränkt, in welchen die Unthätigkeit eines Berechtigten den Verlust des Rechts nach sich zieht (§ 177). Wenn nämlich diese Unthätigkeit in einzelnen Fällen ihren Grund hat in einem unüberwindlichen Hinderniß, so kann hierauf billige Rücksicht in der Art genommen werden, daß diejenigen Zeittheile, worin das Hinderniß Statt fand, gar nicht als abgelaufen oder versäumt mitgerechnet werden (a), so daß der Zeitraum um eben so viele Zeittheile in der That erweitert wird, als durch das Hinderniß aus der Berechnung ausgefallen sind. Wo diese Modification zur Anwendung kommt, heißt die Zeit utile tempus, wo sie nicht gilt, also die Zählung der Zeittheile ohne Rücksicht auf Hindernisse durchgeführt wird, continuum (b). Die Zeittheile, die auf diese Weise dem Handelnden zu gut gerechnet werden, sind stets einzelne, aber ganze Tage, auch da wo der Zeitraum selbst nicht in einer Zahl von Ta-

(a) Der technische Ausdruck ist: dies cedunt, non cedunt. Vgl. die angeführten Hauptstellen.

(b) *Tempus* utile, continuum. *L.* 2 *quis ordo* (38. 15.). — *Dies* utiles, in beiden Hauptstellen, auch in § 16 *J. de excus.* (1. 25.). — *Menses. L.* 19 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1.), *L.* 29 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). — *Annus L.* 19 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1.), *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.). — *Biennium* continuum. *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.). — *Quadriennium L.* 7 *C. de temp. in int. rest.* (2. 53.). — *Quinquennium L.* 29 § 5 *L.* 31 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). — Auch kommt für diese Behandlung der Zeit das Substantivum *utilitas* temporis vor. *L.* 2 § 3 *quis ordo* (8. 15.); eben so für die entgegengesetzte: *continuatio* temporis. *L.* 7 *pr. C. de temp. in int. rest.* (2. 53.).

gen, sondern in größeren Zeitabschnitten (Jahr oder Monat) ausgedrückt ist (c). Das Eigenthümliche dieser billigen Begünstigung besteht nun darin, daß dieselbe ganz von selbst, in Folge einer allgemeinen Rechtsregel (ipso jure) eintritt, nicht durch eine Restitution, welche stets die freye Einwirkung der Obrigkeit auf ein einzelnes Rechtsverhältniß voraussetzt, und daher von dem utile tempus durchaus verschieden ist.

Es würde irrig seyn, wenn man diesen zur vorläufigen Übersicht aufgestellten formellen Begriff des utile tempus so auffassen wollte, als ob dasselbe in allen Fällen der hier beschriebenen Art wirklich zur Anwendung käme. Zwar negativ läßt sich auch schon dieser blos formelle Begriff mit Sicherheit gebrauchen, um alle darunter nicht enthaltene Fälle entschieden auszuschließen. So dauerte

(c) *L.* 2 *pr. quis ordo* (8. 15.). „Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, *ut singuli dies utiles sint:* scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum *quacunque die* nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin *dies ei non cedat.*" Diese Zeitbestimmung nun gieng, nach Verschiedenheit der Fälle, auf Ein Jahr oder 100 Tage. Unbedenklich aber ist die hier für die B. P. ausgesprochene Regel auch auf die Klagverjährungen anzuwenden. — Tritt das Hinderniß mitten in einem Tage ein, so muß dieser ganze Tag als ausfallend gelten, weil die Rechtsregel stets eine Anzahl vollständiger Tage zum Handeln gestattet, dieser Tag aber kein vollständiger ist. Reinfelder S. 16. 17 will hier Stunden und Minuten einzeln zählen; das würde nicht nur sehr kleinlich seyn, auch dem Ausdruck der angeführten Stelle nicht entsprechen, sondern es wäre überdem an sich irrig. Denn die Geschäftszeit jedes Tages beträgt stets sehr viel weniger als 24 Stunden, und läßt sich gar nicht auf eine bestimmte Stundenzahl beschränken.

die alte Usucapion beweglicher Sachen nur Ein Jahr, und dieser kurze Zeitraum konnte dazu verleiten, ein utile tempus anzunehmen; dennoch galt dieses hier niemals (d), aus dem einfachen Grunde, weil die Usucapion wesentlich auf dem Besitz des Erwerbers beruht, nicht auf der Unthätigkeit des früheren Eigenthümers, die hier bloße Nebensache ist, und im alten Recht großentheils gar nicht vorhanden war (e). Aber ein positiver Gebrauch läßt sich von jenem Begriff nur mit großer Vorsicht machen. Das utile tempus gilt nämlich selbst in dem oben bezeichneten Fall doch nur unter folgenden besonderen Bedingungen, welche vereinigt vorhanden seyn müssen, wenn dasselbe zur Anwendung kommen soll.

1) Das utile tempus kommt nur bey solchen Handlungen vor, die vor einer richterlichen Obrigkeit vorzunehmen sind. Dadurch sind folgende Fälle allgemein ausgeschlossen: die einjährige Deliberationsfrist (f), der Anfang

(d) *L.* 31 § 1 *de usurp.* (41. 3.). „In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur." Dieses ist geschrieben unter Voraussetzung der alten einjährigen Usucapion, und als Warnung, das utile tempus der einjährigen Klagen nicht auf die einjährige Usucapion anzuwenden.

(e) War die usucapirte Sache vorher in bonis, so war von einem Gegner oft gar nicht die Rede; aber auch bey der Usucapion des b. f. possessor (heutzutage der einzigen), die stets einen Gegner voraussetzt, ist dessen Unthätigkeit ein so untergeordnetes, für das Wesen der Usucapion gleichgültiges Moment, daß selbst seine Thätigkeit, nämlich die Anstellung einer Vindication, den Ablauf der Usucapion nicht hindert.

(f) *L.* 19 *C. de jure delib.* (6. 30.). Eigentlich nicht die Deliberationsfrist selbst (denn diese gehört als eine richterliche, nicht gesetzliche, ohnehin nicht zu dem utile tempus), sondern das daraus entstandene Transmissionsrecht.

eines erbschaftlichen Inventars, so wie die Beendigung desselben (g); ferner die 30 Tage, binnen welchen eine geschiedene Frau ihre Schwangerschaft dem Mann anzuzeigen hat (h).

Aber selbst bey den oben bemerkten Handlungen ist es nicht allgemein; namentlich sind die 50 Tage, in welchen die Excusation von einer Vormundschaft vor Gericht angebracht werden muß, continui (i). Eigentlich bleiben nur Zwey Hauptfälle für die Anwendung des utile tempus übrig, worauf eben die oben angeführten Hauptstellen sich beziehen: der Erwerb der Bonorum possessio, und die Klagverjährung. Dieser letzten sind jedoch noch einige andere Fälle, als mit ihr verwandt oder zusammenhängend, hinzuzurechnen: die 60 Tage und die Vier Monate bey der Anklage wegen Ehebruch (k); desgleichen die Zwey und Drey Tage bey der alten Appellationsfrist (l); ferner die ältere Verjährung der Restitution, ob-

(g) *L.* 22 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(h) *L.* 1 § 9 *de agnoscendis* (25. 3.). „Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles." Die Bedeutung dieser 30 Tage wird in den §§ 1. 3. 4 eod. näher angegeben.

(i) § 16 *J. de excus.* (1. 25.) „intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt se tutores datos, excusare se debent." *L.* 13 § 9 *eod.*

(k) *L.* 11 § 5. 6 *L.* 29 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.).

(l) Es waren zwey Tage (mit Einschluß des Urtheilstages) vorgeschrieben, wenn die Partey ihre Sache selbst führte, drey Tage wenn ein Procurator auftrat. *L.* 1 § 5. 6. 11—15 *quando appellandum sit* (49. 4.). Hier heißt es nun im § 6: „*Dies* autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid *utiles esse* oratio D. Marci voluit, si forte ejus a quo provocatur copia non fuerit" (doch mußte nach § 10 auch der höhere Richter unzugänglich seyn). Die Worte ad aliquid werden noch

gleich dieselbe keine eigentliche Klagverjährung ist (m); endlich die von Justinian abgeschaffte annalis exceptio Italici contractus (n). Alle diese Fälle sind für das heutige Recht nicht mehr vorhanden, so daß wir also nur auf die angegebenen Zwey Hauptfälle Rücksicht zu nehmen haben.

2) Das utile tempus ist nur anwendbar auf solche Zeiträume, die durch eine allgemeine Rechtsregel, nicht durch individuellen Willen, bestimmt sind: also namentlich nicht auf die von einem Richter angesetzten Prozeßfristen (o).

3) Das utile tempus gilt in den hier bezeichneten Rechtsinstituten nicht allgemein, sondern nur wenn der vorgeschriebene Zeitraum Ein Jahr oder weniger, nie wenn er mehr als Ein Jahr beträgt.

Diese Regel bedarf bey der Bonorum possessio keines besonderen Beweises, denn bey dieser kommen überhaupt

weiter unten erklärt werden. — Man könnte nun diese Regel übertragen wollen auf die neuere Appellationsfrist von zehen Tagen; ich würde dieses jedoch für bedenklich halten, besonders da bey der Verwandlung jener zwey bis drey Tage in zehen dieselbe Multiplication zum Grunde liegt, wie bey dem utilis annus der Restitution, der in ein quadriennium continuum verwandelt worden ist. Freylich würde in einem solchen Fall die Restitution dem Appellanten schwerlich versagt werden.

(m) Nämlich Ein annus utilis, der im neueren Recht in ein quadriennium continuum verwandelt wurde. *L.* 7 *C. de temp. in int. rest.* (2. 53.).

(n) *L.* 1 *pr. C. de annali excep.* (7. 40.). Allerdings steht hier nicht der Name utilis annus, aber unverkennbar deuten darauf diese Worte: „illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi" ...

(o) Dieses folgt schon daraus, daß bey richterlichen Prozeßfristen auch die Gerichtsferien in die vorgeschriebene Zeit eingerechnet werden. *L.* 3 *C. de dilat.* (3. 11.), *L.* 2 *C. de temp. et repar.* (7. 63.).

nur Zwey Zeiträume vor, Ein Jahr und 100 Tage, und für beide ist unstreitig das utile tempus anwendbar. Dagegen ist dieselbe um so wichtiger bey der Klagverjährung, welche mit den verschiedensten Zeiträumen vorkommt.

Daß nun die längeren Klagverjährungen ein continuum tempus haben, ist unbestritten. Bey denen von 30 und 40 Jahren ist es ausdrücklich gesagt (p), es ist aber eben so bey den Verjährungen von 20, 10, 5 und 4 Jahren nicht zu bezweifeln. Daß aber die einjährigen und kürzeren Verjährungen stets das utile tempus mit sich führen, und daß dieses als durchgehende Regel stillschweigend vorausgesetzt wird, erhellt aus der im Ausdruck wenig sorgfältigen Art, mit welcher die Zeitbestimmung derselben im Edict, in Rescripten, und bey den alten Juristen behandelt zu werden pflegt, ohne daß jemals ein Zweifel hierüber entstanden zu seyn scheint (q). So war zwar bey dem Int. uti possidetis das utile tempus schon im Edict selbst unmittelbar ausgedrückt (r), bey dem Int. de vi nicht (s), so daß dieses Schweigen zur Annahme eines continuum tempus hätte verleiten können; dennoch wurde auch hier das utile unbedenklich angenommen (t). Die

(p) *L.* 3 *C. de praesc. XXX.* (7. 39.) „triginta annorum *jugi silentio.*" Eben so in *L.* 4 *eod.* bey der vierzigjährigen.

(q) Donellus XVI. 8. §. 17.

(r) *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 17.) „intra annum quo primum experiundi potestas fuerit." Dieses war der eigentliche Ausdruck des utile tempus. *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3).

(s) *L.* 1 *pr. de vi* (43. 16.) „intra annum."

(t) *L.* 1 § 39 *de vi* (43. 16.) „annus in hoc interdicto utilis est;" dieses wird nicht als etwas

Injurienklage wird in einer Stelle des Codex ganz unbestimmt als einjährig bezeichnet (u), und wir erfahren nur beyläufig, an einem ganz entlegenen Orte, daß dieses Jahr ein utile tempus ist (v). Die ädilicischen Klagen werden eben so mit den bloßen Zeiträumen von Einem Jahr und Sechs Monaten bezeichnet (w), anderwärts aber wird diese Zeit als utile tempus näher bestimmt (x). Aus diesem Allen ergiebt es sich mit der größten Wahrscheinlichkeit, daß die Römischen Juristen das utile tempus als unzertrennlich verbunden mit den einjährigen oder noch kürzeren Klagverjährungen ansahen, ohne Unterschied ob diese Nebenbestimmung im Edict jedesmal ausgedrückt war oder nicht.

4) Die wichtigste Bedingung endlich, und die bisher am wenigsten Anerkennung gefunden hat, betrifft die Beschaffenheit des Hindernisses der Thätigkeit, gegen dessen nachtheilige Folgen die in dem utile tempus enthaltene künstliche Zeitrechnung schützen soll. Nämlich nur solche Hindernisse werden hier beachtet, und bringen das utile tempus zur Anwendung, welche auf vorübergehenden, meist ganz zufälligen, Umständen beruhen, nicht diejenigen, welche an einen dauernden Zustand der Person geknüpft sind. Diese Regel wird zugleich erklärt und bewiesen werden

Besonderes oder gar Zweifelhaftes bemerkt, sondern nur um dem möglichen Misverständniß vorzubeugen, welches aus dem Schweigen des Edicts über diesen Punkt hätte entstehen können.

(u) *L.* 5 *C. de injuriis* (9. 35.).
(v) *L.* 14 § 2 *quod metus* (4. 2.).
(w) *L.* 2 *C. de aedil. act.* (2. 58.)
(x) *L.* 19 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1.).

durch die Darlegung der einzelnen zu diesen beiden Arten gehörenden Hindernisse.

Diejenigen, welche in der That für die Anwendung des utile tempus geeignet sind, und sämmtlich den eben erwähnten Charakter an sich tragen, betreffen theils die Person des Unthätigen selbst, theils die Person seines Gegners, theils das Verhältniß zu der richterlichen Obrigkeit, vor welcher die Handlung vorgenommen werden soll (y).

Die Hindernisse in der Person des Unthätigen können sowohl bey der Klagverjährung, als bey der Bonorum possessio vorkommen. Es gehören dahin die Fälle, wenn der Klagberechtigte in Kriegsgefangenschaft, oder im Staatsdienst abwesend, oder in einem Gefängniß ist (z), oder wenn er durch Stürme oder durch Krankheit zu erscheinen verhindert wird, und zwar in allen diesen Fällen so daß er auch keinen Stellvertreter senden kann (aa). Alles die-

(y) Die nun folgende Angabe der einzelnen Hindernisse gründet sich auf *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.).

(z) *L.* 1 *cit.* „in vinculis." — *L.* 11 § 5 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.) „in custodia." Es scheint wohl zunächst gedacht an das Gefängniß eines Verbrechers oder Inquisiten, doch könnte zugleich auch das Schuldgefängniß im Fall der Insolvenz gemeynt seyn.

(aa) *L.* 1 *cit.* „ut neque experiri neque mandare possit." Gleich nachher heißt es: „Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habeat potestatem." Das heißt so viel als: qui valetudine *ita* impeditur ut mandare *tamen* possit. Auf denselben Sinn führt das in der Vulg. vor valetudine eingeschobene ea. — A. Faber conject. V. 18 erklärt zuerst das impeditur ut, gegen den üblichen Sprachgebrauch, durch impeditur ne, und sieht sich nun freylich zu der gefährlichsten aller Emendationen genöthigt, indem er liest: *non* habeat potestatem.

ses sind augenscheinlich Hindernisse der oben beschriebenen, zufälligen, wechselnden Beschaffenheit.

Hindernisse in der Person des Gegners sind nur denkbar bey der Klagverjährung; denn bey der Bonorum possessio kommt ein Gegner überhaupt nicht vor, und auch bey der Appellation des älteren Rechts war von dem Gegner wenigstens nicht die Rede, da derselbe bey Einwendung der Appellation nicht mitzuwirken hat (bb). Durch den Beklagten nun kann die Anstellung der Klage verhindert werden, wenn derselbe unbekannt, versteckt, entflohen, oder überhaupt abwesend und unvertreten ist (cc).

Das Verhältniß zur Obrigkeit kann gleichfalls ein Hinderniß der Thätigkeit begründen (dd), und zwar auf zweyer-

(bb) Der Zusatz *ad aliquid* utiles esse in *L.* 1 § 6 *quando appell.* (Note l) will nicht sagen, daß hier die utilitas im Princip beschränkter sey, sondern nur in der Anwendung, verglichen mit der Klagverjährung. Denn bey der Appellation kann nicht nur der Gegner gar keine Hindernisse machen, sondern auch bey dem Kläger werden sie, wegen der Kürze der Frist, fast nie eintreten können. Wenn nämlich in Gegenwart des Appellanten (wie hier vorausgesetzt wird) das Urtheil gesprochen ist, so läßt es sich nicht wohl denken, daß dieser an demselben oder dem folgenden Tage in Kriegsgefangenschaft gerathe, oder durch stürmende Meere von dem Gerichtsort getrennt werde. Jene Worte sollen also einen factischen Unterschied ausdrücken, keinen juristischen. Für die gewöhnlichen Irrthümer, wovon unten die Rede seyn wird, ist dieser Umstand nicht unwichtig.

(cc) Dieses wird z. B. ein sehr gewöhnlicher Fall seyn bey der einjährigen actio vi bonorum raptorum. Noch häufiger würde es seyn bey der furti actio, wenn diese nicht perpetua wäre, und daher continuum tempus hätte.

(dd) *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.). „Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit: proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit." Dasselbe

ley Weise. Erstlich wenn zufällig die obrigkeitliche Person an dem öffentlichen Gerichtsort nicht anzutreffen ist (ee). Die Römer unterschieden hierin noch die Handlungen, wobey die richterliche Mitwirkung eine bloße Form blieb, von denen die an richterliche Prüfung gebunden waren, und daher nur vor dem Tribunal vorgehen konnten (ff). In den Provinzen wurde nicht gerade die örtliche Anwesenheit des Statthalters für nöthig gehalten, sondern sein nicht allzu entfernter Aufenthalt galt als Gegenwart, jedoch so daß für jede 20 Römische Meilen Entfernung der vorgeschriebene Zeitraum um Einen Tag verlängert seyn sollte (gg). — Zweytens aber lag ein allgemeineres Hinderniß in folgender Einrichtung des Römischen Gerichtswesens (hh). Die Römer hatten dies fasti in nicht großer Zahl, die unbedingt zu gerichtlichen Geschäften angewendet wurden, und nefasti, die dazu nicht gebraucht werden durften; zwischen beiden aber lagen viele unbestimmte Tage in der Mitte, wie namentlich die sehr zahlreichen comitiales, die man, wo es nöthig war, zu Gerichtsgeschäften gebrauchte, wenn an ihnen gerade keine Comitien gehalten wurden. Als sich die gerichtlichen Geschäfte häuften, fand

gilt bey der B. P. *L.* 2 § 1 *quis ordo* (38. 15.).

(ee) Es sollte also keine Partey genöthigt seyn, den Prätor in seiner Wohnung aufzusuchen. *L.* 1 § 7. 8. 9 *quando appell.* (49. 4.).

(ff) *L.* 2 § 1. 2 *quis ordo* (38. 15.). Zu der ersten Art gehörte die edictalis B. P., die de plano gegeben wurde; zu der zweyten die decretalis B. P., und eben so jede angestellte Klage.

(gg) *L.* 2 § 3 *quis ordo.* (38. 15.).

(hh) Sehr befriedigend handelt von diesem schwierigen Gegenstand Hollweg Geschichte des Prozesses B. 1 § 19.

man es nöthig, die regelmäßigen Gerichtstage zu vermehren; August legte 30 Tage hinzu, und M. Aurel brachte die Gesammtzahl auf 230 (ii); ohnehin waren unter den Kaisern die alten Comitialtage bald ganz disponibel geworden. Im J. 389 wurden die Gerichtstage, mit Rücksicht auf die Einrichtungen der christlichen Kirche, neu geordnet, und nun betrug die Gesammtzahl etwa 240 (kk). Durch die Beachtung dieses Hindernisses der Rechtsverfolgung, des regelmäßigsten und daher wichtigsten unter allen, wird daher der utilis annus auf etwa anderthalb Jahre erweitert.

Diese letzte Art des Hindernisses, wodurch das utile tempus anwendbar werden konnte, war wichtiger als alle übrigen; denn diese beruhten doch nur auf zufälligen, zum Theil sehr seltenen Ereignissen: jenes kam regelmäßig und in so bedeutender Ausdehnung vor, daß dadurch etwa der dritte Theil jedes Jahres absorbirt wurde. Ja es ist nicht unwahrscheinlich, daß Dieses allein zur Ausbildung des utile tempus Anlaß gegeben hat, und daß daneben die übrigen Fälle der Verhinderung nur gelegentlich, und der Consequenz wegen, mit hinzu gezogen wurden. Um so mehr muß gleich hier bemerkt werden, daß dieses letzte, für die Römer wichtigste, Hinderniß aus unsrem heutigen Rechte verschwunden ist. Nach unsren Einrichtungen kann eine

(ii) Sueton. Octavianus C. 32. Capitolin. Marcus C. 10.

(kk) *L.* 19 *C. Th. de feriis* (2. 8); in früheren Ausgaben ist es L. 2.

juristische Handlung, für welche ein Zeitraum gesetzlich vorgeschrieben ist, fast zu allen Zeiten durch Einreichung eines schriftlichen Antrags vorgenommen werden; die Sessionstage der Gerichte haben darauf keinen Einfluß, und selbst die Gerichtsferien können in der Regel eine solche Beobachtung vorgeschriebener Zeiträume nicht hindern (ll).

§. 190.

VI. Die Zeit. 4. Utile tempus. (Fortsetzung.)

Nachdem diejenigen Hindernisse der Thätigkeit dargestellt worden sind, welche die Anwendung des utile tempus wirklich begründen, ist es nöthig, auch noch von denen zu handeln, welchen eine solche Wirkung nicht beygelegt werden darf; denn gerade diese Seite der ganzen Lehre ist es, woran die meisten Irrthümer neuerer Schriftsteller sich anknüpfen.

Der erste und besonders wichtige Fall dieser Art ist die Unwissenheit des zum Handeln Berufenen über sein Recht. Hierin möchte man geneigt seyn, allgemein das entschiedenste Hinderniß der Thätigkeit zu setzen, also die unzweifelhafteste Veranlassung zur Anwendung des utile tempus,

(ll) Dieses Letzte galt ja in manchen Fällen schon in Rom, namentlich bey den 50 dies continui der Excusation. Fragm. Vat. § 156 „si sint sessiones .. debet .. adire praetorem .. Si feriae sint, libellos det contestatorios." Nur waren hier die libelli dem Gegner zu übergeben (adversario, id est ei qui eum petit), dem er außer der Ferienzeit denuntiiren mußte, daß er mit ihm vor dem Prätor erscheine.

auch iſt dieſes die herrſchende Meynung der Schriftſteller; in der That aber verhält es ſich damit anders, und zwar auf folgende Weiſe (a). Bey der Bonorum possessio allerdings war ſchon durch den Ausdruck des Edicts die Unwiſſenheit mit der Unmöglichkeit der Agnition ganz auf gleiche Linie geſtellt (b). Daher wurde es hier als natürliche Folge des utile tempus angeſehen, daß jeder Tag der Unwiſſenheit dem Berufenen nicht angerechnet werden dürfe (c). Ganz anders bey der Klagverjährung, bey welcher nur allein von der Abweſenheit äußerer Hinderniſſe die Rede iſt (d); die Unwiſſenheit des Berechtigten

(a) Dieſe Unterſuchung iſt ausführlich ſchon oben angeſtellt in der Beylage VIII Num. XXIV—XXVIII. Hier werden daher blos die Reſultate in wenigen Worten zuſammen geſtellt.

(b) Jedoch nur die facti, nicht die juris ignorantia. Vgl. Beylage VIII Num. XXIV.

(c) *L.* 2 *pr. quis ordo* (38. 15.). „Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies *et scierit et potuerit* admittere: ceterum quacunque die *nescierit aut non potuerit*, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat." Offenbar iſt hier folgender Gedanke ausgedrückt: das nescire iſt dem Begriff nach von dem non posse unterſchieden, nicht ſchon in ihm enthalten, aber beide ſollen in Beziehung auf die B. P. praktiſch gleich behandelt werden, ſo daß hier die Beachtung des einen wie des andern Moments durch die Vorſchrift des utile tempus begründet wird.

(d) *L.* 1 *de div. temp. praescr.* (44. 3.). „Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus quid sit, *experiundi potestatem* habere." In dem bloßen *posse* experiri iſt das scire keineswegs ſchon mit als Bedingung eingeſchloſſen (vgl. die vorhergehende Note), da der über ſein Klagrecht Unwiſſende in der Regel dieſe Unwiſſenheit überwinden kann und ſoll. Daß es auch wirklich ſo gemeynt iſt, zeigt die nachfolgende Aufzählung der Fälle fehlender experiundi potestas; unter dieſen ſteht die Unwiſſenheit nicht, die doch häufiger vorkommt, als die meiſten hier genannten Fälle, alſo vorzugs-

über sein Klagrecht ist im Edict nicht erwähnt, und sie wird in der Anwendung (höchst seltene Ausnahmen abgerechnet) nicht beachtet. Dieser Unterschied ist aber nicht die Folge der im Edict zufällig gebrauchten Ausdrücke, sondern diese waren so gewählt, um dem aus inneren Gründen räthlichen Unterschied Anerkennung zu verschaffen. Denn wer über sein Klagrecht unwissend ist, wird in der Regel dem Vorwurf einer nachlässigen Aufsicht auf seine Rechte unterliegen, anstatt daß Keiner den Beruf hat, den Erbschaften nachzuspüren, die ihm etwa zufallen möchten. Ferner liegt der gemeinschaftliche Zweck der für die B. P. und die Klagen vorgeschriebenen Zeiträume darin, daß die Rechtsverhältnisse schnell zur Entscheidung kommen; diesem Zweck würde es völlig widersprechen, wenn man bey der Klagverjährung den Vorwand der Unwissenheit zulassen wollte: bey der B. P. ist derselbe unschädlich, da der zunächst nach dem Unwissenden Berufene durch eigenes Interesse angetrieben wird, Jenen von der Delation zu unterrichten, wodurch die Unwissenheit augenblicklich aufgehoben wird.

Dagegen giebt es umgekehrt mehrere Fälle, worin continuum tempus gilt, und dennoch die Unwissenheit den Lauf des vorgeschriebenen Zeitraums hindert. Dahin gehört die Excusation von der Vormundschaft (e), die Fri-

weise bemerkt werden mußte, wenn sie wirklich zu beachten wäre.

(e) § 16 *J. de excus.* (1. 25.), *L.* 13 § 9 *eod.* (27. 1.), *L.* 6 *C. eod.* (5. 62.), Fragm. Vatic. § 156.

ſten für die Deliberation und das Inventarium (f), und endlich alle Prozeßfriſten.

Hieraus folgt alſo, daß die Beachtung oder Nichtbeachtung der Unwiſſenheit von dem Gegenſatz des utile und continuum tempus völlig unabhängig iſt und in denſelben gar nicht herein gezogen werden darf; ja dieſe weſentliche Verſchiedenheit beider Gegenſätze hat ſogar eine wörtliche Anerkennung im Römiſchen Recht gefunden (g).

Ferner ſind nicht dazu geeignet, die Anwendung des utile tempus hervor zu rufen, alle diejenigen Hinderniſſe, welche nicht in ſchnell vorübergehenden, oder doch ganz von wechſelnden Zufällen abhängigen Umſtänden, ſondern in einem dauernden Zuſtand der unthätigen Perſon beſtehen. In einem Zuſtand ſolcher Art befinden ſich Unmündige, Minderjährige, Kinder in väterlicher Gewalt, Wahnſinnige, Verſchwender, und juriſtiſche Perſonen. Dieſe alle ſind mehr oder weniger verhindert, ihre Rechte durch Thätigkeit ſelbſt wahrzuneh-

(f) *L.* 19. 22 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(g) *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.), d. h. *L. un. C. Th. de dolo* (2. 15.). „Optimum duximus, *non* ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, *neque* intra anni utilis tempus, *sed potius* ex eo die etc. Die Berechnung von der Zeit der Kenntniß an liegt alſo außer der Berechnung des annus utilis. — Der einzige ſcheinbare Zweifel könnte erhoben werden aus *L.* 8 *de his qui not.* (3. 2.). „Sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti.“ Wollte man den ganz einzeln ſtehenden gelegentlichen Ausdruck dieſer Stelle als Grund einer Regel behandeln, ſo würde dieſe doch nur ſo lauten können: omne continuum tempus ignoranti cedit; davon iſt aber ſo eben das Gegentheil dargethan worden.

men, und man könnte daher geneigt seyn, den in dem utile tempus liegenden Schutz auch auf sie anzuwenden; dennoch muß diese Anwendung gänzlich verworfen werden, und es wird vielmehr für das Interesse dieser Personen auf andere Weise gesorgt, so daß die für sie wirklich eintretende Schutzanstalten von dem Unterschied des utile und continuum tempus völlig unabhängig sind. Dieses soll nunmehr zuerst bey der Klagverjährung, dann bey der Bonorum possessio, nachgewiesen werden.

I. Klagverjährung.

Die Unmündigen und Minderjährigen hatten im älteren Recht gar keine Befreyung, auch nicht bey den Klagen, deren Verjährung in einem utile tempus bestand, da bey ihnen nie die experiundi potestas fehlte; denn für den Unmündigen konnte der Tutor klagen (h), der Minderjährige aber konnte seine Klagen selbst anstellen. Der Schutz also bestand: für den Unmündigen in dem Regreß gegen den nachläßigen Vormund; für beide in der Restitution wegen Minderjährigkeit. — Das neuere Recht hat folgende ganz abweichende Bestimmungen getroffen: der Unmündige ist ipso jure frey von allen Klagverjährungen, der Minderjährige ist eben so frey von allen die weniger als 30 Jahre dauern, gegen diese letzte schützt ihn nicht

(h) Eine merkwürdige Analogie für diesen Satz findet sich in der Tab. Heracl. Vers. 4. 5. 6. Daselbst sind gewisse Professionen innerhalb einer bestimmten Zahl von Tagen vorgeschrieben. Wenn nun die Profession einen Unmündigen betrifft, so ist der Vormund an die Beobachtung der Frist gebunden; das heißt, das Recht geht verloren, wenn der Vormund die Frist versäumt.

einmal Restitution. Dabey ist es ganz gleichgültig, ob die Verjährung ein utile oder ein continuum tempus hat (i).

Der Sohn in väterlicher Gewalt, welcher sogenannte Adventitien besitzt, wovon erst seit Constantin die Rede seyn konnte, ist unfähig, die zu diesem Vermögen gehörende Klagrechte selbst auszuüben und gegen Verjährung zu schützen, weil der Vater das sehr freye Verwaltungsrecht darüber hat. Daher ist er auch eben so unbedingt von allem Verlust durch Klagverjährung ausgenommen, wie es so eben von dem Unmündigen bemerkt worden ist (k).

Für den Wahnsinnigen und den Verschwender finden sich gar keine besondere Bestimmungen über die Verjährung ihrer Klagen; der Schutz also besteht in dem allgemeinen Regreß, den sie und ihre Erben gegen den nachlässigen Curator haben. An sich wäre es nicht unnatürlich gewesen, den Wahnsinnigen dem Unmündigen gleich zu stellen; daß es nicht geschah, ist zunächst aus der Seltenheit des Falles zu erklären, außerdem aber hätte darin auch eine unbegründete Härte gegen den Beklagten liegen können, wenn man alle Klagverjährung hätte ruhen lassen wollen. Denn der Wahnsinn kann ein langes Leben hindurch dauern, anstatt daß die Unmündigkeit stets eine nothwendige, nicht entfernte Gränze mit sich führt.

Auch für juristische Personen finden sich keine abweichende Bestimmungen über die Klagverjährung, so daß

(i) Vgl. Beylage VIII. Num. XXVII.

(k) Beylage VIII. Num. XXVII.

sie im Fall eines solchen Verlustes nur den Regreß gegen ihre nachläßige Beamte haben. Für Einen Fall, nämlich für die longi temporis praescriptio, ist dieses sogar ausdrücklich anerkannt (l).

II. Bonorum possessio.

Bey dem Unmündigen ist es als Regel anerkannt, daß die Frist, ungeachtet der Unmündigkeit, in ihrem Lauf nicht gehemmt ist (m), so daß nur der Regreß gegen den nachläßigen Vormund, oder die Restitution, zum regelmäßigen Schutz dienen kann.

Der Minderjährige kann gegen die versäumte Frist restituirt werden (n), woraus also folgt, daß an sich zu seinem Nachtheil die Frist läuft. Ohnehin ist es undenkbar, daß er in dieser Hinsicht mehr als der Unmündige begünstigt seyn sollte.

Anders ist es mit dem Wahnsinnigen; zu dessen Nachtheil soll die Frist gar nicht laufen, weshalb dem Nachfolger die B. P. nur gegen Caution gestattet wird (o).

Über den Verschwender findet sich keine abweichende Bestimmung; ohne Zweifel läuft also die Frist, und er hat blos den Regreß gegen seinen Curator.

(l) Paulus V. 2 § 4, *L* 1 *in f. C. de praescr. longi temp.* (7. 33.).

(m) *L.* 7 § 2 *de B. P.* (37. 1.). „Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet." Noch zu Papinians Zeit war dieser Satz nicht für alle Fälle anerkannt. *L.* 1 *de B. P. fur.* (37. 3.). Späterhin sind Ausnahmen davon gemacht worden, doch nicht von Bedeutung; für die meisten Fälle ist er unverändert geblieben. *L.* 18 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(n) *L.* 2 *C. si ut omissam* (2. 40.).

(o) *L.* 1 *de B. P. fur.* (37. 3.), *L.* 1 § 5 *de succ. ed.* (38. 9.).

Bey juristischen Personen (wenigstens bey Stadtgemeinden) soll die B. P. auch ohne Agnition erworben werden, so daß hier von einer laufenden Frist gar nicht die Rede ist (p).

Es ergiebt sich hieraus, daß alle diese dauernde Zustände der Person gar nicht als solche Hindernisse betrachtet werden, wodurch eine regelmäßige Anwendung des utile tempus veranlaßt wird; in den meisten und wichtigsten Fällen gilt gar keine Beschränkung des regelmäßig ablaufenden Zeitraums, und in den wenigen Fällen, worin eine solche Beschränkung, zum Schutz solcher Personen, wirklich eintritt, kann sie daher nur als besondere Ausnahme, und nicht als natürliche Folge des utile tempus angesehen werden.

Unter den oben dargestellten Voraussetzungen hat das utile tempus die Wirkung, daß die einzelnen Tage der Verhinderung bey der Frage, ob ein vorgeschriebener Zeitraum versäumt ist, nicht in Rechnung kommen, oder, was dasselbe sagt, daß in jedem vorliegenden Fall der Zeitraum um so viele Tage verlängert werden muß, als darin Tage der Verhinderung angetroffen werden. Diese Wirkung tritt stets ipso jure ein, ohne eine hinzu tretende Restitution, ja man kann sagen, daß diese und das utile tempus einander gegenseitig ausschließen. Wo also das utile tempus gilt, da ist Restitution kein Bedürfniß, also unmöglich,

(p) *L.* 3 § 4 *de B. P.* (37. 1.).

und wo ausdrücklich eine Restitution gegen Fristversäumniß erwähnt wird, da können wir annehmen, daß ein utile tempus nicht vorhanden ist. An der Wahrheit dieses Satzes könnte man dadurch zweifelhaft werden, daß das Edict, im Fall der Abwesenheit, unter andern auch gegen abgelaufene Klagverjährungen Restitution zusagt, und zwar sowohl dem Abwesenden selbst, wenn er als Klagberechtigter seine Klage durch Versäumniß der Zeit verlor (q), als dem Gegner desselben, der die Klage verlor, weil er den Abwesenden nicht verklagen konnte (r). Gerade diese beide Fälle aber sind durch das utile tempus gegen Verlust geschützt (§ 189), und so möchte man glauben, das utile tempus sey dennoch mit der Restitution vereinbar. Allein jene Edictstelle muß vielmehr auf solche Fälle bezogen werden, in welchen die versäumte Zeit ein tempus continuum ist, also der Restitution allerdings bedarf. Dahin gehörten schon in der älteren Zeit, in welcher jenes Edict entstanden ist, manche einzelne Klagen (s); außerdem aber gehörte dahin die durch die Lex Julia für alle legi-

(q) *L.* 1 § 1 *ex quib. causis maj.* (4. 6.). „Sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur."

(r) *L.* 1 § 1 *ex quib. causis maj.* (4. 6.). „Item si quis .. actione qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur." ..

(s) Der Sponsor und der Fidepromissor verloren nach der L. Furia ihre Klage, wenn sie in zwey Jahren nicht klagten. Gajus III § 121. — Die Fünf Jahre der Anklage wegen Ehebruchs rühren her aus der L. Julia (*L.* 29 § 6 *ad L. J. de adult.*), mögen also vielleicht älter seyn als jenes Edict. — Eben so die Fünf Jahre der querela inofficiosi. — Ungewisser ist es für die longi temporis praescriptio, deren Entstehungszeit wir nicht kennen.

tima judicia vorgeschriebene anderthalbjährige Prozeßverjährung (t). In den Fällen des continuum tempus nun hat die Anwendung der Restitution ohnehin keinen Zweifel, und sie bewirkt hier, nach freyem Ermessen und mit Rücksicht auf individuelle Umstände, Dasselbe was in den Fällen des utile tempus schon durch eine allgemeine Regel bewirkt wird. Eine solche Restitution wird auch in unsren Rechtsquellen erwähnt (u); besonders aber bey versäumten Prozeßfristen, war im Römischen Prozeß die Restitution eben so häufig, als sie in unsren heutigen Gerichten ist. Nur gegen die dreyßigjährige Klagverjährung ist jede Restitution, also auch die der Abwesenden, allgemein verboten (v).

Man kann noch fragen, in welchem Verhältniß das utile tempus zur civilen Zeitrechnung stehe. Manche haben behauptet, diese sey auf das utile tempus gar nicht anwendbar, sondern nur auf das continuum (w); zu dieser Behauptung aber ist gar kein Grund vorhanden. Das utile tempus besteht darin, daß die Tage der Verhinde-

(t) Gajus IV. § 104.

(u) *L.* 31 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.) „*aequum est* computationi quinquennii *eximi* id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit." In diesen Worten liegt eine unverkennbare Hinweisung auf Restitution, die gegen alle Verjährungen, mit Ausnahme der dreyßigjährigen, gilt; daher kann ich es nicht billigen, wenn Haubold p. 411 den Inhalt dieser Stelle für eine ganz singuläre Bestimmung erklärt.

(v) *L.* 3 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

(w) Löhr S. 418. 419. Reinfelder S. 16.

rung aus der Rechnung ausfallen. Dadurch gelangt man stets auf irgend einen letzten Tag, in welchem keine Verhinderung Statt fand, und der daher von der Modification des utile tempus nicht berührt wird; denn wenn in dem Tage selbst, den man für den letzten halten möchte, eine Verhinderung eintritt, so darf er eben deshalb in den Zeitraum gar nicht eingerechnet werden, ist also nicht der letzte dieses Zeitraums, sondern es muß irgend ein folgender, nämlich der nächste unverhinderte, als letzter anerkannt werden. Bey diesem letzten Tage nun entsteht die Frage nach dem juristischen Endpunkt, worauf sich die civile Zeitrechnung bezieht. Dieser letzte Tag kann nach Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse bald so, bald anders behandelt werden; der Umstand aber, daß einige vorhergehende Tage wegen Verhinderung ausgefallen sind, kann darauf keinen Einfluß haben. Beide anomalische Rechnungsarten stehen also neben einander und berühren sich nicht. So würde es seyn nach allgemeiner Betrachtung, welche Meynung man auch von der civilen Zeitrechnung fassen möge; doppelt einleuchtend aber muß es seyn nach der oben vorgetragenen Lehre über die civile Zeitrechnung bey Versäumnissen (§ 185. 186). Nach dieser Lehre endigt der Zeitraum erst am Schluß des letzten Tages, und darin liegt ein Vortheil für den zum Handeln berufenen Berechtigten. Es wäre aber ganz unnatürlich, ihm diesen Vortheil deshalb entziehen zu wollen, weil ihm vorher ein anderer Vortheil zugestanden werden mußte,

indem der ganze Zeitraum, wegen eingetretener schuldloser Verhindrungen, um eine Anzahl von Tagen erweitert wurde.

§. 191.

VI. Die Zeit. 4. Utile tempus. (Fortsetzung.)

Die hier dargestellte Lehre hatte schon im Justinianischen Recht einen Theil ihrer Anwendbarkeit, oder doch ihrer Wichtigkeit, verloren. Für einzelne Fälle war das frühere utile tempus in ein continuum von größerer Ausdehnung verwandelt worden. So für die doli actio der annus utilis in Zwey anni continui (a); und, was wichtiger war, für alle Restitutionen, der annus utilis in ein quadriennium continuum (b). Dieses Letzte haben Manche als eine allgemeine Verwandlung für alles utile tempus behandeln wollen, welche Meynung aber aus mehreren Gründen verwerflich ist (c). Das für die Restitution erlassene Gesetz selbst enthält keine Spur einer solchen Allgemeinheit; die bloße Verdopplung bey der doli actio steht derselben entgegen; endlich würde diese Annahme nur dann innere Wahrscheinlichkeit haben, wenn in der That die durchschnittliche Reduction des utilis annus, nach der Zahl der Römischen Gerichtstage, auf Vier gewöhnliche

(a) *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.), d. h. *L. un. C. Th. de dolo* (2. 15.).

(b) *L.* 7 *C. de temp. in int. rest.* (2. 53.).

(c) Glück B. 3 § 269. a.

Jahre führte, da sie doch in der That nur auf anderthalb Jahre führt (§ 189). Es erhellt hieraus, daß die neue Bestimmung für die Restitution nicht blos eine Verwandlung, sondern zugleich auch eine wahre Verlängerung des Zeitraums seyn sollte; diese aber auf alle andere ähnliche Zeiträume, von so mannichfaltiger Art und Bestimmung, anwenden zu wollen, würde ein höchst willkührliches und grundloses Verfahren seyn. — Auch die Wichtigkeit des utile tempus für die Klagverjährung war dadurch vermindert, daß man schon längst vielen einjährigen Klagen immerwährende (jetzt dreyßigjährige) mit ähnlicher, nur etwas beschränkterer, Wirkung beygegeben hatte (d); diese traten nun sehr häufig in der wirklichen Anwendung an die Stelle von jenen, und dann wurde nicht mehr nach utile tempus gerechnet. — Noch mehr hatte sich die Anwendbarkeit des utile tempus vermindert bey der Bonorum possessio, deren besonderer Erwerb, neben dem Civilerbrecht, in Folge der Justinianischen Gesetzgebung nur noch selten Bedürfniß seyn konnte.

Weit größer aber sind die Veränderungen, die bey dem Übergang des Römischen Rechts in die neuere Zeit eingetreten sind. Viele einjährige Klagen des Römischen Rechts sind wegen ihrer polizeylichen Natur, oder wegen ihres Verhältnisses zu dem veränderten Strafrecht, ganz außer

(d) So z. B. die in factum actio neben der doli und quod metus actio; eben so neben dem int. de vi. Vgl. *L.* 1 *pr.* § 48 *L.* 3 § 1 *de vi* (43. 16.).

Gebrauch gekommen. Noch wichtiger aber ist der Umstand, daß der Unterschied gerichtlicher und nicht gerichtlicher Tage, welcher für die Römer die häufigste Veranlassung zur Anwendung des utile tempus darbot, in diesem Sinn für uns nicht mehr vorhanden ist (§ 189). Daher kommt im heutigen Recht das utile tempus nur noch bey wenigen Klagen vor, und nur bey seltneren Veranlassungen, hauptsächlich wenn die Abwesenheit des Klägers oder des Beklagten die schleunige Ausübung des Klagerechts verhindert. Der häufigste Gebrauch möchte davon etwa noch bey den ädilicischen Klagen gemacht werden können; unter andern wenn ein umherziehender Verkäufer bald nach dem Verkauf sich entfernt, und nun nach entdecktem Mangel der gekauften Sache, längere Zeit nicht wieder aufgefunden werden kann.

Von der hier versuchten Darstellung des utile und continuum tempus ist die bey unsren Schriftstellern herrschende Lehre sehr abweichend (e). Sie geht davon aus, daß jener Gegensatz eine zweyfache Bedeutung habe, indem er sowohl auf den Anfang als auf die Fortsetzung der in einen Zeitraum fallenden Unthätigkeit bezogen werden könne. Hieraus ergaben sich Vier mögliche Combinationen, und man nahm ganz consequent vier Re-

(e) Ich will als Repräsentanten dieser Ansicht nur folgende anführen: Höpfner § 666, Glück B. 3 § 269. a. Haubold l. c. p. 405. Es könnten aber eben sowohl andere und neuere genannt werden.

geln an, deren eine auf jedes Rechtsverhältniß, worin von einem Zeitraum die Rede sey, nothwendig angewendet werden müsse:

1) utile tempus utraque ratione.

2) utile ratione initii, continuum ratione cursus.

3) continuum ratione initii, utile ratione cursus.

4) continuum utraque ratione.

In der Bildung und Bezeichnung dieser Begriffe herrscht große Übereinstimmung, und nur darüber wird eigentlich gestritten, ob alle diese Combinationen, oder nur einige derselben, in einzelnen Rechtsverhältnissen wirklich durch unsre Rechtsquellen anerkannt seyen (f).

Daß nun die hier angewendete Terminologie nicht in unsren Quellen vorkommt, ist noch der geringste Vorwurf, der sie trifft, obgleich dieser Umstand wohl geeignet war, Zweifel und Prüfung zu erregen (g); schlimmer ist es, daß jene Ausdrücke etwas ganz Anderes sagen, als was in der That von den Schriftstellern, welche sie brauchen, gemeynt ist. Wollte man dieselben in ihrem wahren Sinn anwenden, so müßte es z. B. einen Unterschied machen, ob ein Klagberechtigter zur Zeit der Entstehung seines

(f) Thibaut I. § 97 (Braun Erörterungen S. 151.) behauptet, der Fall welcher hier im Text unter Num. 3 bezeichnet ist, komme bey keinem Rechtsverhältniß vor.

(g) Bey den alten Juristen ist sehr oft die Rede davon, ob in einem gegebenen Fall utile oder continuum tempus gelte, aber stets werden diese Ausdrücke als absolute Bezeichnungen einfacher Begriffe gebraucht, ohne Hindeutung auf ein halbes utile oder ein halbes continuum. Als eine solche Hindeutung darf insbesondere nicht verstanden werden das *ad aliquid* utiles, s. o. § 189. l und bb.

Klagrechts gefangen, späterhin frey wäre, oder umgekehrt; ein solcher Unterschied wäre aber völlig grundlos, wird auch von Keinem behauptet. Was Jene mit den angegebenen Ausdrücken sagen wollen, ist eigentlich Folgendes. Die Handlung kann unterbleiben entweder wegen äußerer Hindernisse (wie Gefangenschaft), oder wegen der Unwissenheit des Berechtigten über sein Recht. Da nun bey einzelnen Rechtsverhältnissen in unsren Rechtsquellen bald diese beide Momente beachtet werden, bald eines derselben, bald keines, so ergeben sich folgende Vier Combinationen:

1) Beachtung beider Momente.
2) Beachtung der Unwissenheit, Nichtbeachtung der äußeren Hindernisse.
3) Nichtbeachtung der Unwissenheit, Beachtung der äußeren Hindernisse.
4) Nichtbeachtung beider Momente.

Dieses ist der wirkliche Gedanke unsrer Schriftsteller; die seltsame Wahl jener Ausdrücke zur Bezeichnung desselben erklärt sich aus folgendem Umstand. Wo überhaupt Unwissenheit vorkommt, wird diese meistens im Anfang des Zeitraums Statt finden, in der Folge aber durch Wissen verdrängt werden; dennoch liegt hierin nur eine schwache Entschuldigung für die Wahl jener Terminologie. Denn augenscheinlich können die äußeren Hindernisse eben sowohl im Anfang als im Verlauf eines Zeitraums eintreten, und doch denkt Niemand daran, auf diese Verschiedenheit ir-

gend ein praktisches Gewicht zu legen. Aber selbst die Unwissenheit ist ganz ungenau bezeichnet, indem man sie als ein im Anfang des Zeitraums vorkommendes Hinderniß auffaßt, da zuweilen ihr Verhältniß ein gerade umgekehrtes ist. Wenn z. B. bey dem Tode eines Menschen kein Testament vorgefunden wird, auch der nächste Agnat anwesend ist, so weiß dieser augenblicklich, daß ihm die B. P. unde legitimi angefallen ist, und der Lauf seiner 100 Tage fängt sogleich an. Wenn er nun 60 Tage lang unthätig ist, dann aber durch ein vorgebrachtes erdichtetes Testament getäuscht wird, und den darin Eingesetzten als wahren Erben ein Jahr lang anerkennt, so ist der Zustand seines Wissens durch Unwissenheit unterbrochen. Wenn endlich jetzt die Unächtheit des Testaments anerkannt wird, so weiß der Verwandte von Neuem, daß er zur B. P. berufen ist. Zu den Anfangs abgelaufenen 60 Tagen hat er nun noch 40, in welchen er die B. P. agnosciren kann, da ihm das in der Mitte liegende Jahr wegen der Unwissenheit nicht angerechnet wird (h). So

(h) Das hier Gesagte ist nicht mein Gedanke, sondern der Gedanke Ulpians. *L.* 2 *pr. quis ordo* (38. 15.). „Fieri autem potest, ut *qui initio scierit* vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic *incipiat nescire*, vel non posse admittere: scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato *dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.* Idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat." Dieser letzte Fall, der freylich der häufigste ist, wird fälschlich als der einzige vorausgesetzt, und bildet in dieser Voraussetzung die Grundlage der herrschenden falschen Terminologie. Ulpian nun sagt ganz deut-

ist es also auch für das in der Unwissenheit liegende Hinderniß ganz unpassend, wenn man es als ein Hinderniß ratione initii bezeichnen will.

Diese Betrachtung war lediglich gegen die allgemein verbreiteten Kunstausdrücke gerichtet, und ich bin überzeugt, daß unbefangene Bekenner der herrschenden Lehre in den von mir an die Stelle gesetzten Ausdrücken ihre wahre Meynung erkennen werden; daneben ließe sich also eine völlige Übereinstimmung in der Sache selbst sehr wohl denken. Allein hinter diesen ungeschickten Ausdrücken, die über das ganze Verhältniß eine große Unklarheit verbreiteten, hat sich der wichtigste, die Sache selbst betreffende, Irrthum versteckt, der sich eben unter dem Schutz jener Unklarheit nicht blos der Widerlegung, sondern selbst einer eigentlichen Prüfung, stets entzogen hat. Gehen wir nun auf die Sache ein, so findet sich daß bey der Bonorum possessio, wegen der deutlichen Aussprüche unsrer Rechtsquellen, keine Meynungsverschiedenheit möglich ist; die Unwissenheit des Berufenen und das äußere Hinderniß stehen hier auf gleicher Linie. Bey der Klagverjährung aber geht die herrschende Meynung dahin, daß es sich hier in der Regel eben so verhalte, wie bey der Bonorum possessio, daß also (mit Vorbehalt weniger Ausnahmen) die Anwendung des utile tempus durch die Unwissenheit des Klägers über sein Klagrecht eben so hervorgerufen

lich, daß der eine wie der andere Fall völlig gleichen Anspruch auf die Berechnung nach utile tempus bey der B. P. gebe.

werde, wie durch dessen Gefangenschaft oder die Abwesenheit des Beklagten; das ist es, was man sagen will, wenn man das tempus *omni ratione* utile als die Regel, das continuum ratione initii, utile ratione cursus als seltene Ausnahme darstellt, und es haben ohne Zweifel diese hergebrachten Kunstausdrücke sehr dazu beygetragen, die unkritische Annahme des erwähnten wichtigen Rechtssatzes in ungestörter Anerkennung zu erhalten (i). Hierüber nun ist an dieser Stelle nichts Neues zu sagen; die Gründe für meine ganz entgegengesetzte Ansicht sind oben (§ 190) dargestellt worden, und wer durch sie überzeugt wird, muß eben deshalb die erwähnte abweichende Meynung verwerfen.

Unabhängig von der so eben dargestellten, sehr allgemeinen, Auffassung ist die abweichende ganz einzelne Meynung eines neueren Schriftstellers (k). Dieser unterscheidet die dies von den anni utiles. Jene werden auch von ihm so erklärt, wie es hier, übereinstimmend mit allen anderen Schriftstellern, geschehen ist. Wenn dagegen der

(i) Gewöhnlich wird es so ausgedrückt: wo nur überhaupt die Beschaffenheit eines Zeitraums als utile tempus gewiß ist, da müssen wir ihn auch für omni ratione utile halten, weil wir sonst eine willkührliche Distinction in das Gesetz hinein tragen würden. Glück B. 3 S. 507. Haubold l. c. p. 434. Göschen Vorlesungen B. 1 S. 583. 585. Damit ist denn für die kurzen Klagverjährungen, deren utile tempus überhaupt nicht zu bezweifeln ist, der Einfluß der Unwissenheit vorweg entschieden. Zugleich ist es augenscheinlich, daß dieser praktische Rechtssatz eine bloße Folgerung aus dem angenommenen Begriff des tempus *omni ratione* utile ist.

(k) Elvers über den annus utilis der actiones honorariae, in: Elvers Themis, neue Folge, B. 1. Göttingen 1838. S. 125—184.

Prätor sagt: intra annum actionem (oder bonorum possessionem) dabo, so soll das heißen: so lange mein Amtsjahr dauern wird, welches also viel oder wenig seyn konnte, je nachdem die Veranlassung der Klage oder der Anfall der Erbschaft in eine frühe oder späte Zeit jenes Jahres fiel. Selbst die menses utiles bey den ädiliciſchen Klagen sollen so zu verstehen seyn, welches mit einem zweymonatlichen Wechsel in der Verwaltung der beiden Ädilen in Verbindung gebracht wird. — Schon im Allgemeinen muß es sehr bedenklich erscheinen, für die ganz gleichartige Zusammenstellung von dies und annus utilis eine völlig verschiedene Bedeutung anzunehmen, besonders weil noch daneben die generische Bezeichnung durch tempus utile und utilitas temporis vorkommt, die offenbar auf Gleichartigkeit hindeutet; eben so bedenklich, in dem augenscheinlichen Gegensatz des intra annum und post annum, den ersten Ausdruck in einer ganz anderen Beziehung als den zweyten zu denken; höchst bedenklich auch schon die Annahme, daß der Prätor ganz überflüssigerweise erklärt haben sollte, er werde nach Beendigung seines Amts keine Amtshandlungen mehr vornehmen. Sucht man aber diese Meynung durch Anwendung auf einzelne Fälle klar zu machen, so erscheint sie vollkommen unhaltbar. War Jemand im letzten Monat des Amtsjahrs beraubt worden, so hätte derselbe zur Anstellung der actio vi bonorum raptorum nur wenige Wochen übrig gehabt; daher wäre es sehr räthlich gewesen, nicht anders als im De-

cember zu rauben, weil dann die Klage leicht durch Verjährung verloren gieng. Eben so konnte es kommen, daß ein Minderjähriger, nach erlangter Volljährigkeit, nur wenige Tage zur Restitution übrig hatte, wenn gerade sein Geburtstag in die letzten Tage des Jahres fiel. Wurde das Testament eines Verstorbenen kurz vor dem Schluß des Jahres eröffnet, und waren darin Drey Erben ernannt, der Sohn, die Mutter des Verstorbenen, und ein Fremder, so hätten der Sohn und die Mutter nur einige Tage gehabt um die B. P. zu agnosciren, der Fremde aber 100 Tage, da doch ausdrücklich gesagt wird, daß der Unterschied der Fristen zum Vortheil der Kinder und Eltern bestimmt sey (l). Vieler anderer Gründe nicht zu gedenken (m).

§. 192.

VI. Die Zeit. 5. Schalttag.

Quellen:

L. 3 § 3 *de minoribus* (4. 4.). Ulpianus.

L. 2 *de div. temp. praescr.* (44. 3.). Marcellus.

L. 98 *de V. S.* (50. 16.). Celsus.

Censorinus de die natali C. 20.

Macrobius Saturnal. I. C. 13. 14.

(l) *L.* 1 § 12 *de succ. ed.* (38. 9.). "*Largius tempus* parentibus liberisque petendae B.P. tribuitur, *in honorem sanguinis* videlicet." Hier wäre es offenbar *arctius* tempus gewesen.

(m) Ausführlicher und erschöpfender, als es hier der Raum zuließ, ist diese neue Meynung widerlegt worden von Arndts zur Lehre von der Zeitberechnung, in Linde's Zeitschr. B. 14 S. 1—32.

Schriftſteller:

Breuning Diss. ad Celsum in L. 98 de V. S. Lips. 1757.

Majansius ad XXX. Ictorum fragmenta Genevae 1764 T. 1 p. 101—110.

Schneidt de utilitate studii chronologici in jurisprudentia Wirceb. 1782.

Koch Belehrungen (ſ. o. § 182).

Unterholzner Verjährungslehre I. § 86.

In allen bisher aufgeſtellten Regeln iſt das Kalenderjahr als ein gleichförmiger Zeitraum von 365 Kalendertagen angenommen worden, welches zum Maasſtab der beweglichen Jahre dienen ſoll. Da nun aber alle Vier Jahre zu jener Zahl Ein Tag als Schalttag hinzutritt, ſo ſind poſitive Modificationen der gewöhnlichen Meſſung der Zeiträume für den Fall eingeführt, daß der zu meſſende Zeitraum einen oder mehrere Schalttage berührt.

Ehe aber dieſe Modificationen erſchöpfend beſtimmt werden können, iſt es nöthig, genauer als es oben (§ 179) in einer allgemeinen hiſtoriſchen Überſicht geſchehen konnte, den Schalttag ſelbſt, ſo wie er in unſer chronologiſches Syſtem eintritt, feſtzuſtellen. Und auch dieſes iſt nur dadurch möglich, daß auf das ältere Römiſche Jahr zurück gegangen wird. In dieſem hatte, wenn es ein gewöhnliches Jahr war, der Februar 28 Tage; der 23ſte derſelben hieß Terminalia, der 24ſte Regifugium. Alle Zwey Jahre aber wurde dieſes Normalmaaß des Februars ge-

ſtört, ſo daß er nur 23 Tage hatte; zwiſchen Terminalia und Regifugium wurde ein ganzer mensis interkalaris eingeſchoben, abwechslend von 22 und 23 Tagen, dem dann noch die Fünf abgeſchnittenen Tage des Februars (von Regifugium an) angehängt wurden, ſo daß er überhaupt bald aus 27, bald aus 28 Tagen beſtand. Er wurde übrigens wie jeder andere Monat behandelt, hatte alſo ſeine Kalenden, Nonä und Idus, von welchen aus die einzelnen Tage rückwärts gezählt wurden. Cäſar ließ dieſen gewiß ſehr unbequemen Schaltmonat ganz fallen (a), ſetzte aber an denſelben Ort, zwiſchen Terminalia und Regifugium, einen Schalttag, der nur alle Vier Jahre eintreten ſollte, keine eigene Zahl bekam, alſo auch die gewöhnliche Zählung der Tage des Februars nicht ſtörte, obgleich dieſe durch ihn auf 29 vermehrt wurden. Das Weſen dieſer Einrichtung, die wir noch jetzt befolgen, und ihr Zuſammenhang mit der vorhergehenden, wird durch die Zeugniſſe des Macrobius und Cenſorinus klar und gewiß (b). Folgende Überſicht der Sieben letzten Tage des

(a) Sueton. Julius C. 40 „interkalario mense *sublato*."

(b) Macrobius Saturn. I. C. 13. „Romani non confecto Februario, sed *post vicesimum tertium diem ejus* interkalabant." Dieſes geht auf das ältere Jahr; vom Julianiſchen ſpricht C. 14 „statuit ut .. unum interkalarent diem, *eo scilicet mense ac loco* quo etiam apud veteres interkalabatur, id est *ante quinque ultimos Februarii mensis dies*, idque bissextum censuit nominandum." — Censorinus C. 20 ſagt von der alten Einſchaltung: „in mense potissimum Februario, *inter Terminalia et Regifugium*, interkalatum est," und nachher von der neuen: „ut .. *ubi mensis quondam solebat, post Terminalia* interkalaretur, quod nunc Bisextum vocatur." — Mehrere

Februars in einem Schaltjahr wird es anſchaulich machen, wie jeder dieſer Tage von den Römern bezeichnet wurde, und wie er von uns bezeichnet zu werden pflegt.

VII. ante Kal. Mart. (Terminalia)	23. Febr.
VI. ante Kal. Mart. (posterior) (interkalaris)	24. Febr.
VI. ante Kal. Mart. (prior) (Regifugium) . .	25. Febr.
	(Matthias) (c).
V. ante Kal. Mart.	26. Febr.
IV. ante Kal. Mart.	27. Febr.
III. ante Kal. Mart.	28. Febr.
pridie Kal. Mart.	29. Febr.

Daß in den beiden Tagen, die hier als dies sextus bezeichnet werden, der Schalttag der Römer ſich findet, iſt unbeſtritten, folgt auch aus der wiederholten Zahl; es fragt ſich nur, welcher von beiden es eigentlich iſt. Unſre Rechtsquellen ſagen ausdrücklich, der posterior ſey der Schalttag, nicht der prior (d); damit allein aber iſt die Sache noch nicht abgethan. Dieſer Ausdruck iſt an ſich zweydeutig, indem er ſich eben ſowohl auf die natürliche Zeitfolge beziehen könnte, als auf die rückwärts gehende Römiſche Zählung; im erſten Fall würde der 25. Februar

Stellen über die Kalendae und Idus interkalares ſind geſammelt bey Majans. l. c. p. 106.

(c) Der Name Matthias, und das Feſt dieſes Apoſtels, iſt ſtets bey dem 24ſten des Gemeinjahrs (dem 25ſten des Schaltjahrs) geblieben, während viele andere Kalendertage ihre individuelle Namen verändert haben; ſo z. B. hieß der 23. Februar früher Serenus, in modernen Kalendern heißt er Reinhard.

(d) *L.* 3 § 3 *de minor.* (4. 4.) „et posterior dies Kalendarum intercalatur. — *L.* 98 § 1 *de V. S.* (50. 16.) „sed posterior dies intercalatur, non prior."

der Schalttag seyn, und dieses haben viele neuere Schriftsteller angenommen (e); im zweyten Fall wäre es der 24ste. Daß nun die zweyte Meynung die richtige ist, beweist schon der Ausdruck Ulpians: posterior dies *Kalendarum* (Note d), das heißt der von den Kalenden an (rückwärts) gerechnet der spätere ist; ganz unzweifelhaft aber wird es durch Macrobius und Censorinus (Note b), welche ausdrücklich sagen, die neue Einschaltung geschehe an derselben Stelle wie die alte, nämlich nach den Terminalien, oder nach dem 23sten Tage des Februar, so daß von diesem Monat Fünf Tage abgeschnitten würden.

Allein auch damit ist noch nicht aller Zweifel beseitigt. Viele nämlich behaupten, jener unzweifelhaft Römische Schalttag sey nicht mehr der unsrige, denn nach unsrer heutigen Sitte, die Monatstage mit fortlaufenden Zahlen zu versehen, sey der 29. Februar zum Schalttag geworden (f), und diese Meynung hat einigen Schein für sich; denn wenn man den gedruckten Kalender eines Schaltjahres mit dem eines Gemeinjahres vergleicht, so besteht der sichtbarste Unterschied darin, daß jener einen 29. Februar hat, welcher diesem fehlt, und daher in dem Schaltjahr neu hinzugefügt scheint. Dennoch muß diese Meynung schlechthin verworfen werden. Die Stellung des Schalt-

(e) So z. B. Cocceji jus controversum IV. 4 § 1. Andere Schriftsteller s. bey Koch S. 46, welcher selbst die richtige Meynung vorträgt.

(f) Lauterbach XLIV. 3 § 4. Voet. XLIV. 3 § 2. Cocceji IV. 4 § 1. Schneidt p. 17. 22. — Koch S. 57 hat die richtige Meynung.

tags war gar nicht durch die den Römern eigenthümliche Art, die Monatstage zu zählen, beſtimmt, denn ſo gut man einen doppelten sextus annahm, hätte man auch einen doppelten quintus oder septimus annehmen können; war ſie nun von dieſer Zählungsart unabhängig, ſo hat auch die hierin eingetretene Veränderung keinen Einfluß auf ſie ausüben können. Jene Stellung gehört zu den Eigenthümlichkeiten des Julianiſchen Kalenders, der auch noch der unſrige iſt, da die einzige durch Gregor XIII. bewirkte Veränderung auf die Stellung des Schalttages gar keinen Einfluß hat. Eine Beſtätigung dieſer Anſicht liegt auch noch darin, daß der Matthiastag, der in einem Gemeinjahr auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar übergeht, da doch, wenn der 25ſte der Schalttag wäre, kein Grund vorhanden ſeyn würde, den Matthiastag von dem 24ſten zu entfernen (f[1]). Erwägt man vollends die ſehr allmälige und unbeſtimmte Weiſe, in welcher unſre neuere Zählungsart in Gebrauch gekommen iſt, ſo kann ihr unmöglich ein ſolcher Einfluß

(f[1]) Im zwölften Jahrhundert war es beſtritten, ob das Matthiasfeſt am 24. oder 25. Februar zu feyern ſey. Der Pabſt Alexander III. erklärte, da dieſe beiden Tage für Einen zu halten ſeyen, ſo ſolle jede einzelne Kirche hierin bey ihrer bisherigen Gewohnheit bleiben, und es ſolle weder die Wahl des einen, noch die des andern Tages, als Irrthum angeſehen werden. Nur müſſe in jedem Fall die Vigilia dem Feſt ſelbſt unmittelbar vorhergehen, und dürfe alſo niemals durch einen Zwiſchentag getrennt werden. *C.* 14 *X. de V. S.* (5. 40.). — Späterhin ſcheint ſich jener Zweifel verloren zu haben, indem in den gedruckten Kalendern der Matthiastag bey dem 25. Februar angezeichnet iſt.

auf veränderte Anwendung von Rechtsregeln beygelegt werden. Da nämlich die alte und neue Bezeichnung der Tage viele Jahrhunderte lang neben einander angewendet wurden (§ 180), so müßte man, nach der Meynung der Gegner, annehmen, Diejenigen, welche nach Kalenden und Idus datirten, hätten einen andern Schalttag gehabt, als Die, welche schon unsre Weise angenommen hatten; jene den 24., diese den 29. Februar. Jenen aber müßten noch Die zugezählt werden, welche sich der Heiligentage für das Datum bedienten. Etwas so Unausführbares wird aber Niemand behaupten wollen.

Der eigentliche Grund, der für jene irrige Meynung zu sprechen scheint, liegt in der kleinen Unbequemlichkeit, die aus der Combination des Schalttags mit unsrer Art die Tage zu zählen hervorgeht, und in den Irrungen, die hierdurch veranlaßt werden können. Diese Rücksicht könnte höchstens einen Gesetzgeber bestimmen, den Schalttag zu verlegen, die Rechtsgelehrten sind dazu gewiß nicht befugt; aber auch für den Gesetzgeber würde eine solche Änderung des Kalenders, dessen Festigkeit und allgemeine Gleichförmigkeit wichtiger ist, als die hier erwähnte Schwierigkeit, nicht räthlich seyn. Diese Schwierigkeit ist durch eine mäßige Aufmerksamkeit wohl zu überwinden; wollte man aber ein besonderes Gewicht darauf legen, so gäbe es ein sehr einfaches Mittel sie zu beseitigen, ohne den eigentlichen, nun schon weit über 1800 Jahre bestehenden, Kalender zu berühren. Man brauchte nur in einem Schalt-

jahr die Tage, wie in einem Gemeinjahr, bis 28 zu zählen, indem man den Schalttag ganz ohne Zahl ließe, und blos als Schalttag bezeichnete, so daß der Matthiastag die Zahl 24 behielte. Damit wäre das wahre Sachverhältniß am genauesten ausgedrückt, und es läge darin gar kein Eingriff in die wesentlichen Bestandtheile des Kalenders, zu welchen unsre den Monatstagen beygefügte Zahlen keinesweges gehören.

Dieses Alles sollte nur als Grundlage dienen zu der juristischen Behandlung des Schalttags, zu welcher ich mich jetzt wende. Der Grundsatz geht dahin, daß die zur Einschaltung angewendete Zeit gar nicht als Zeit berücksichtigt werden soll. Dieser Grundsatz bestand schon im älteren Kalender, und wurde hier auf die Weise ausgeführt, daß der ganze Schaltmonat als ein einziger Augenblick angesehen, und zwar zu dem Endpunkt des unmittelbar vorhergehenden Tages (23. Februar), gerechnet wurde, wie dieses aus der folgenden merkwürdigen Stelle hervorgeht.

L. 98 § 1. 2 *de V. S.* (50. 16.).

§ 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Quintus Mucius.

§ 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

Der § 1 ist die einfache Bestätigung des oben Gesag-

ten, und bedarf keiner weiteren Erklärung (g). Der § 2 aber hat folgende Schickſale gehabt. Anſtatt der hier abgedruckten Florentiniſchen Leſeart hat die Vulgata, wie es ſcheint ganz allgemein, XXIX. Dieſes iſt eine vermeyntliche Emendation, welche aus folgender, in der Gloſſe angedeuteter, Betrachtung entſprungen iſt (h). Mensis intercalaris, dachte man, iſt der Februar eines Schaltjahrs, weil derſelbe einen Schalttag in ſich ſchließt; da nun dieſer 29 Tage hat, ſo muß die Zahl in XXIX. verändert werden. — Als nun ſpäter der Florentiniſche Text entdeckt wurde, ſuchte man dieſen dadurch zu rechtfertigen, daß der Schalttag für Nichts gelte, und daher im juriſtiſchen Sinn doch nur 28 Tage in einem ſolchen Februar enthalten ſeyen (i). Allein beide Erklärungen, zuſammt der auf die eine gebauten Zahl XXIX., ſind durchaus verwerflich. Ob jemals mensis interkalaris von dem Februar eines Julianiſchen Schaltjahrs geſagt worden iſt, will ich dahin geſtellt ſeyn laſſen, ich kenne keine ſolche Stelle; dagegen iſt mensis interkalaris oder interkalarius der ganz gewöhnliche Name des alten Schaltmonats (k). Geſetzt aber auch, dieſer Ausdruck hätte in der That beide Bedeutun-

(g) Die Gloſſe macht hier die Bemerkung: „Cato et Quintus duo stulta dixerunt;" hierauf folgt ein ganzes Gewebe von Verworrenheit und Irrthum.

(h) Glossa in § cit. „*Vigintinovem.* Alias Februarius habet tantum XXVIII." Mit dieſer Auffaſſung des § 2, unter Vorausſetzung der Leſeart XXIX., ſtimmen alle ältere Interpreten überein.

(i) So z. B. Breuning p. 11. 12. Schneidt p. 17.

(k) Vgl. die Stelle des Sueton (Note a), und die bey Majans. p. 106 geſammelte Stellen.

gen (l), ſo wäre wenigſtens in jener Digeſtenſtelle durchaus nur an den alten Schaltmonat zu denken, welcher in den unmittelbar vorhergehenden Worten mit jenem Ausdruck bezeichnet worden war, da es völlig undenkbar iſt, daß der Schriftſteller in wenigen Zeilen daſſelbe Wort in zwey durchaus verſchiedenen Bedeutungen, ohne alle Warnung, gebraucht haben ſollte. Der § 2 ſpricht daher, eben ſo wie der § 1, von dem Schaltmonat des älteren Jahres, und dazu paßt die Zahl XXVIII. ſehr gut, indem, wie oben bemerkt, jener Schaltmonat, mit Inbegriff der ihm zugeſchlagenen Fünf letzten Tage des Februar, abwechslend 27 oder 28 Tage hatte. Entweder hatte nun Celſus, im Vorübergehen von dieſer Sache handelnd, nur die größte unter den beiden vorkommenden Zahlen (alſo das äußerſte Maaß des Schaltmonats) nennen wollen, oder er hatte wirklich geſagt: XXVII. vel XXVIII., und ſein genauer Ausdruck iſt erſt bey der Aufnahme in die Digeſten abgekürzt worden, da ohnehin der Gegenſtand nur noch antiquariſches, kein praktiſches, Intereſſe hatte (m).

(l) Dieſes behauptet Budaeus, notae poster. in Dig., in L. 98 de V. S. „Quare scire nos oportet, mensem intercalarem dici non modo eum qui intercalatur, sed etiam in quo intercalatur." Beweiſe für die zweyte Bedeutung führt er nicht an.

(m) Cujacius in L. cit., opp. T. 8 p. 559 iſt ganz auf dem richtigen Wege, indem er die Stelle auf den alten Schaltmonat bezieht, kommt aber dann in Verwirrungen, die faſt unbegreiflich ſind, da er doch die deutliche Stelle des Macrobius vor ſich hatte. — Ideler Chronologie II. S. 58. 59 hat zuerſt die Stelle auf ſo befriedigende Weiſe erklärt, daß ich mich im Weſentlichen auf die bloße Wiederholung ſeiner Darſtellung beſchränken durfte.

Auf die Einschaltung des Julianischen Jahres wird der aufgestellte Grundsatz dadurch angewendet, daß der Schalttag als mit dem darauf folgenden Tag gänzlich zusammen fallend angesehen wird, nach welcher Fiction diese zwey wirkliche Tage im juristischen Sinn nur für Einen Tag gelten (n); dieses aus zwey Tagen bestehende Ganze ist es, was von den Römern Bisextum genannt wird (Note b). Wie dieser für den Schalttag aufgestellte Grundsatz auf einzelne Rechtsverhältnisse angewendet wird, soll nunmehr angegeben werden.

§. 193.

VI. Die Zeit. 5. Schalttag. (Fortsetzung.)

Der Schalttag kann in Rechtsverhältnissen auf zweyerley Weise in Betracht kommen: erstlich wenn er in den Lauf eines Zeitraums fällt; zweytens wenn er mit den Gränzpunkten desselben in Berührung kommt, nämlich entweder mit dem Anfang, oder mit dem Endpunkt, oder mit beiden Gränzen zugleich.

Das erste Verhältniß des Schalttags ist im Allgemeinen weder schwierig noch bestritten. Wenn in dem Lauf eines Zeitraums Ein Schalttag oder mehrere gefunden werden, so wird der ganze Zeitraum um eben so viele

(n) *L.* 3 § 3 *de minor.* (4. 4.) „nam id biduum pro uno die habetur." — *L.* 98 *pr. de V. S.* (50. 16.) „nam id biduum pro uno die habetur." — Eben so *C.* 14 *X. de V. S.* „qui duo quasi pro uno reputantur."

wirkliche Tage verlängert, da die einfallenden Schalttage gar nicht als Zeiträume angeſehen werden ſollen. Wenn alſo vor Juſtinian die Uſucapion einer beweglichen Sache im Januar eines Schaltjahrs angefangen hatte, ſo wurde ſie erſt mit 366 Tagen vollendet, und der Beſitzer erlitt dadurch einen kleinen Nachtheil. Eben ſo beträgt die dreyßigjährige Klagverjährung, wegen der einfallenden Sieben oder Acht Schalttage, nicht dreyßigmal 365 Tage, ſondern bald Sieben, bald Acht Tage mehr, und der Klagberechtigte hat den kleinen Vortheil, daß er einige Tage länger nachläſſig ſeyn darf, ohne etwas zu verlieren. Dieſe Regel ſelbſt iſt unbeſtritten, auch in der Anwendung nicht ſchwierig; es fragt ſich nur, welche Fälle etwa von ihrer Anwendung ausgenommen ſeyn möchten, und dabey kommt Alles auf die Auslegung folgender Stelle an.

L. 2 *de div. temp. praescr.* (44. 3). Marcellus.

In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, necne, debeat, quaeritur: item de tempore quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet: aut de actionibus quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque (a)

(a) An dem Wort pleraeque hat Bynkershoek obss. IV. 8 Anſtoß genommen, weil nicht die meiſten, ſondern alle ädiliciſche Klagen verjährbar ſeyen; deswegen emendirt er peraeque. Allein erſtlich kann pleraeque auch mehrere heißen, ohne Beziehung auf den Gegenſatz einer Minderzahl, ſo daß es dann den Begriff von omnes zwar nicht ausdrückt, aber auch nicht ausſchließt. Zweytens

actiones. Et (b) si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori (c). Mihi contra videtur.

Der allgemeine Gang der Gedanken ist dieser. Zuerst werden zwey Fälle als Fragen aufgestellt, wörtlich wird nur der zweyte mit großer Bestimmtheit entschieden, aber die Entscheidung soll augenscheinlich auch für den ersten gelten. Darauf folgen zwey andere Fälle, ohne ausdrückliche Entscheidung, aber durch die Verbindungsworte der vorhergehenden Entscheidung angeschlossen. Dann kommt ein fünfter Fall, in ungewisser Verbindung mit den vorigen ausgedrückt. Endlich ein allgemein lautender Wider-

ist es möglich, daß es unverjährbare ädilicische Klagen gab, die wir nur nicht kennen. Vgl. Püttmann opusc. p. 145.

(b) Anstatt Et schlägt Bynkershoek l. c. mit gutem Grund vor, durch Hinzuziehung des vorhergehenden s zu lesen Set, welches kaum eine Emendation genannt werden kann, da es auf einer bloßen Gemination beruht. Durch eine Wiederholung dieses Verfahrens entsteht Set et, welches jedoch weniger nöthig ist. Die Rechtfertigung der ersten Gemination wird sogleich im Texte folgen.

(c) Die Florentina liest proficietempori, woraus, durch Gemination des t, gemacht worden ist tempori. Aber eben so gut kann man das ausgefallene t hinter p einsetzen, woraus emptori entsteht, übereinstimmend mit der Vulgata. Dieses Letzte ist offenbar das Bessere, da proficit *tempori*, für Erweiterung der Zeit, gezwungener ist, als proficit *emptori*, für den persönlichen Vortheil des Käufers, der einen Tag gewinnt; außerdem spricht dafür die augenscheinliche Analogie des proficere *judicato* im Anfang der Stelle, worin gleichfalls proficere auf die Person bezogen wird. Vgl. Dirksen Abhandlungen I. 456.

spruch gegen die Meynung, die allgemein in Frage gestellt, und für Einen Fall entschieden behauptet worden war.

Zuvörderst ist nun einleuchtend, daß nicht derselbe Schriftsteller Dasjenige, was er zuerst sine dubio als wahr aufgestellt hatte, zuletzt eben so bestimmt verneinen kann. Diesen Widerspruch aus den Gedanken des Marcellus zu entfernen, für uns aber nur um so beschwerlicher zu machen, haben Manche behauptet, die Schlußworte mihi contra videtur enthielten eine berichtigende Note des Ulpian zu der Schrift des Marcellus (d). Diese Aushülfe ist verwerflich, weil man die Thatsache erst in den Text hinein tragen müßte, das Verfahren der Compilatoren höchst unvorsichtig, also nicht ohne Noth anzunehmen wäre, eine befriedigende Auflösung aber doch nicht gewonnen seyn würde. Daher haben denn von jeher die Meisten angenommen, Marcellus behaupte für die Vier ersten Fälle die Regel, für die fünfte die Ausnahme. Um dieses auch mit dem Ausdruck in befriedigenden Zusammenhang zu bringen, hat man (schon von der Glosse an) den letzten Satz, von Et si quis fundum an, als Frage aufgefaßt, worauf dann das mihi contra videtur die verneinende Antwort giebt, in welcher die praktische Verschiedenheit des fünften Falls von den vier ersten ausgesprochen wird. Diese Erklärung gewinnt noch sehr an Wahrscheinlichkeit durch die Lesart Sed (Set, set et), (Note b), wodurch

(d) Merillius obss. VII. 18. Schulting Jurispr. antejust. p. 553.

der Gegensatz des fünften Falls gegen die vier ersten gleich im Eingang bemerklich gemacht wird.

Damit ist indessen nur erst der Weg gebahnt, die Schwierigkeit selbst aber noch nicht gelöst. Die Fünf Fälle können nur als Repräsentanten von Gattungen dienen, und so bleibt noch immer die Frage zu beantworten übrig: In welchen Fällen soll die Regel gelten, daß der Schalttag nicht als ein Tag berücksichtigt werde, in welchen soll sie nicht gelten? Dazu ist es nöthig, die Fälle einzeln durchzugehen.

1) Tempus constitutum judicatis. Die Zwölf Tafeln gaben jedem verurtheilten Schuldner 30 Tage Zeit zur Zahlung (e), und diese Regel war noch zur Zeit der classischen Juristen in voller Übung (f). Daher will hier Marcellus sagen: wenn in diese Zeit von 30 Tagen ein Schalttag fällt, so werden es in der That 31, weil der Schalttag mit dem folgenden Regifugium nur für Einen Tag

(e) Gellius XV. 3 und XX. 1. „*triginta dies* justi sunto."

(f) Gajus IV. § 78 „Bona autem veneunt ... judicatorum post tempus quod eis *partim L. XII. tab.*, partim edicto Praetoris .. tribuitur." (Das Edict hatte wahrscheinlich die 30 Tage auf andere Klagen ausgedehnt, als woran die 12 Tafeln dachten; die fortwährende Anwendung dieser letzten aber ist hier deutlich anerkannt). *L.* 4 § 5 *de re jud.* (42. 1) von Ulpian: „si .. minorem diem statuerit judex *tempore legitimo*, repleatur *ex lege*." *L.* 7 *eod.* von Gajus: „constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum, *per legem* constitutum est." Die Sache selbst, doch ohne wörtliche Beziehung auf die Lex (d. h. die 12 Tafeln) kommt noch vor in *L.* 29 *eod.* und in *L.* 16 § 1 *de compens.* (16. 2).

zählt; daher gewinnt der Schuldner Einen Tag, intercalaris dies proficit judicato.

2) Tempus quo lis perit. Dieses ist keine Klagverjährung, wie man früher wohl angenommen hat, sondern es ist die von der L. Julia für die legitima judicia bestimmte Zeit von anderthalb Jahren, worin der Judex ein Urtheil gesprochen haben muß, wenn nicht der Prozeß für den Kläger verloren seyn soll (g). Von dieser Zeit nun sagt Marcellus ausdrücklich, daß sie durch den einfallenden Schalttag erweitert werde.

3) Si de usucapione sit questio. Hier macht einige Schwierigkeit das einleitende veluti, welches dazu verleiten könnte, die Usucapion als ein einzelnes Beispiel des tempus quo lis perit anzusehen; dieses ist aber ganz unmöglich, und könnte höchstens in den sehr verbreiteten irrigen Begriffen von Verjährung einige Nahrung finden, die jedoch den Römischen Juristen vollkommen fremd sind. Indessen ist es auch gar nicht nöthig, das veluti so zu verstehen, es ist vielmehr hinzu zu denken das vorangehende existimandum est, und es soll daher nur die gleiche Entscheidung auch für die Usucapion durch veluti ausgedrückt werden. Marcellus will daher sagen: so wie es auch angesehen werden muß, da wo der Zeitraum einer Usucapion in Frage kommt — nämlich so, daß deren Zeitraum (damals Ein Jahr oder Zwey Jahre) durch den einfallenden Schalttag verlängert wird.

(g) Gajus IV § 104.

4) Aut (sit quaestio) de actionibus, quae certo tempore finiuntur. Auch die Zeit einer Klagverjährung soll durch den Schalttag verlängert seyn, wofür mehrere ädilicische Klagen als Beyspiele angeführt werden. Bey diesen ist wohl zu bemerken, daß ihre Verjährung auf Zwey Monate, Sechs Monate, Ein Jahr bestimmt ist (h).

5) Si quis fundum etc. Es ist der Fall der lex commissoria neben einem Kaufcontract, gestellt auf 30 Tage; und in diesem Fall soll der Schalttag die Zeit nicht verlängern.

Nun entsteht also die Frage, auf welchen allgemeinen Charakter diese Verschiedenheit der vier ersten Fälle von dem vierten zurück zu führen ist, wovon die Beurtheilung aller anderen, hier nicht genannten, Fälle abhängen muß. Die Meisten haben von jeher die Verschiedenheit darin gesetzt, daß in den vier ersten Fällen von Jahren oder Monaten, im fünften von Tagen die Rede sey; hiernach soll also auch in anderen Fällen unterschieden werden (i). Allein wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß der Schalttag kein Tag ist, so darf er nicht mitgezählt werden, der Zeitraum mag nun in einer Zahl von Tagen oder von Jahren ausgedrückt seyn. Was aber völlig gegen diese Meynung entscheidet, ist der Umstand, daß der erste unter den Vier Fällen gleichfalls auf einen in Tagen ausgedrück-

(h) *L.* 19 § 6 *L.* 28 *L.* 55 *de aedil. ed.* (21. 1). Lauterbach XLIV. 3 § 4. Voetius XLIV. 3. § 2. Bynkershoek obss. IV. 8. Glück B. 3 S. 526.

(i) Alciatus in L. 98 de V. S.

ten Zeitraum geht, ja daß in ihm sogar dieselben triginta dies vorkommen, wie in dem fünften Fall (k). — Muß nun die Unterscheidung der Jahre und Tage verworfen werden, so bleibt nur noch der Unterschied übrig, daß die vier ersten Zeiträume auf Gesetzen beruhen (Lex oder Edict), der fünfte auf einem Vertrag, und dieser Unterschied ist denn auch in der That der entscheidende, auch für alle übrige, in unsrer Stelle nicht berührte Fälle. Dafür aber läßt sich ein völlig befriedigender innerer Grund angeben. Die Fiction, daß der Schalttag kein Tag sey, beruht auf einer gesetzlichen Regel, so wie der Schalttag selbst auf einer gesetzlichen Einrichtung. Bey jedem Gesetz nun, welches einen Zeitraum vorschreibt, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Anwendung seiner Vorschrift mit Berücksichtigung aller übrigen Gesetze, also auch des Gesetzes über den Schalttag, gewollt hat. Dasselbe muß angenommen werden, wenn der Richter eine Frist bestimmt, da er ein Organ der Staatsgewalt, seine Handlung also eine Staatshandlung ist. Dieses ist also auch auf alle gesetzliche und richterliche Prozeßfristen anzuwenden, so daß die zehentägige Appellationsfrist durch den einfallenden

(k) Bynkershoek sucht diese Einwendung auf sehr unbefriedigende Weise zu beseitigen. Er meynt, die 30 Tage der 12 Tafeln könnten auch wohl collectiv als Ein Monat gedacht werden; das gilt ja aber eben so gut von den 30 Tagen im letzten Fall unsrer Stelle, erklärt also nicht den Unterschied. — Ferner könnte vielleicht damals schon die andere Frist von 2 Monaten eingeführt gewesen seyn; aber Gajus und Ulpian erkennen ausdrücklich die Frist der Lex als geltendes Recht an (Note f).

Schalttag auf Eilf Tage verlängert wird (l). Nur bey den in Wochen ausgedrückten Fristen muß es anders gehalten werden, da die Wochenrechnung ganz außer dem Kalender liegt (§ 180), also auch von dem Schalttag nicht berührt wird. Wer also eine Frist in Wochen vorschreibt, denkt dabey nur an den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag (Montag, Dienstag u. s. w.), auf welchen ein Schalttag gar keinen Einfluß hat.

Ganz anders verhält es sich bey einer durch Vertrag in einer Zahl von Tagen bestimmten Frist, wobey Alles auf die Interpretation des wahrscheinlichen Willens ankommt. Sind nun hier 30 Tage festgesetzt, so haben die Partheien wahrscheinlich dreyßigmal 24 Stunden gemeynt, und wir haben keinen Grund anzunehmen, daß sie an den einfallenden Schalttag dachten, und zugleich die Rechtsregel kannten, welche den Schalttag als nicht vorhanden ansieht. Haben sie dagegen den Zeitraum in Jahren ausgedrückt, so dachten sie ohne Zweifel an den wiederkehrenden Kalendertag eines folgenden Jahres, so daß dann der Zeitraum von selbst durch den einfallenden Schalttag verlängert wird; eben so, wenn sie auf Monate contrahirten, welches stets von der in einem künftigen Monat wiederkehrenden gleichen Zahl eines Tages zu verstehen ist (§ 181).

(l) Diese Anwendung wird gerade am Bestimmtesten verneint, aber ohne besonderen Grund. Glück B. 3 S. 526. Koch S. 43.

Es verdient bemerkt zu werden, daß schon die Glosse die verschiedenen möglichen Erklärungen klar und bestimmt aufgestellt hat, also auch die richtige, die daselbst als die Meynung des Bulgarus und Johannes angegeben wird (m).

§. 194.

VI. Die Zeit. 5. Schalttag. (Fortsetzung).

Es ist nun noch die Behandlung des Schalttags für die Fälle zu bestimmen, wo derselbe mit den Gränzpunkten eines Zeitraums in Berührung kommt.

I. Fällt der Anfang des Zeitraums in den 24. Febr. eines Gemeinjahrs, das Ende aber in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt in dem 25. Februar, also in dem auf den Schalttag folgenden Tag. Man kann das in der Sprache des Römischen Kalenders so ausdrücken: der Zeitraum, der im Regifugium anfieng, endigt im Regifugium. Oder in der Sprache unsrer Kalender: die Zeit, die im Matthiastag anfieng, endigt im Matthiastag. Wer also am 24. Februar 1775 geboren war, wurde am 25. Febr. 1800 volljährig (a) und zwar genau in der Stunde und Minute, die dem Zeitpunkt seiner Geburt entsprach. Hatte

(m) Die richtige Unterscheidung der gesetzlichen und vertragsmäßigen Zeiträume wird auch anerkannt von Cujacius de div. temp. praescript. C. 3 und Schneidt p. 26.

(a) Dieses Stück der hier aufgestellten Regeln ist ausdrücklich anerkannt in *L.* 98 *pr. de V. S.* (50. 16) „quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bisextum Kalendis est, *priorem diem natalem habet.*"

die Usucapion einer beweglichen Sache am 24. Febr. 1797 angefangen, so ist sie eigentlich vollendet im Lauf des 25. Febr. 1800, aber nach den Regeln der civilen Zeitrechnung mit dem Anbruch dieses Tages, und, da der Schalttag mit demselben identificirt wird, gleich bey Anbruch des Schalttages (b). Wer etwa dieses Letzte bezweifeln möchte, wird sich am leichtesten überzeugen können durch folgenden Ausdruck des Römischen Kalenders: da die Usucapion anfieng im Laufe des Regifugium, so muß sie endigen mit dem Ablauf der hora sexta noctis der Terminalia, gerade so wie es gewiß geschehen seyn würde, wenn das Ende des Zeitraums in ein Gemeinjahr gefallen wäre; der dazwischenliegende Schalttag kann hierin Nichts ändern.

II. Fällt der Anfang des Zeitraums in den 25. Febr. eines Schaltjahrs und das Ende fällt:

a) in ein Gemeinjahr, so liegt der Endpunkt im 24. Februar, der hier der Matthiastag ist (c);

b) fällt das Ende wieder in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt im 25. Febr., so daß wiederum von Matthias zu Matthias gerechnet wird (d). — Diese Fälle

(b) Unterholzner Verjährungslehre I. S. 280. Eben so ist es mit der Testamentsfähigkeit Desjenigen, der am 24 Febr. 1786 geboren war. Koch S. 87 verwirrt Alles, indem er seine falsche Ansicht von der civilis computatio einmischt.

(c) Beyspiel: die Usucapion eines Hauses inter praesentes fieng am 25. Februar 1800 an; sie endigte am 24. Februar 1810, und zwar mit dem Anbruch dieses Tages.

(d) Beyspiel: die Usucapion eines Hauses inter absentes fieng am 25. Frbr. 1800 an; sie endigte eigentlich am 25. Febr.

verstehen sich eigentlich von selbst, und werden von Keinem bezweifelt werden; sie sind hierher gesetzt worden, um als Grundlage für die Beurtheilung des folgenden Falls zu dienen.

III. Fällt der Anfang in einen Schalttag, so liegt der Endpunkt:

a) in einem Gemeinjahr in dem 24. Februar, weil es ganz eben so zu betrachten ist, als wäre der Anfang im 25. Februar eingetreten (mit dem der Schalttag identisch ist), so daß dieser Fall genau so beurtheilt werden muß, wie der unter Num. II. a angeführte.

b) In einem Schaltjahr liegt der Endpunkt im 25. Februar, wiederum wegen der Gleichstellung mit dem unter Num. II. b angeführten Fall (e).

Wie der Schalttag behandelt wird, da wo er mit der

1820, aber wegen der civilen Zeitrechnung doch wieder mit Anbruch des 24. Febr.

(e) *L.* 98 *pr. de V. S.* (50. 16). „Cum bisextum Kalendis est: *nihil refert*, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est." *L.* 3 § 3 *de minor.* (4. 4). „Proinde et si bisexto natus est, *sive priore sive posteriore die*, Celsus scripsit *nihil referre*: nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur." — Das nihil referre führt unfehlbar auf folgendes Resultat. Wenn von zwey Menschen Einer am 24., der Andere am 25. Febr. eines Schaltjahrs geboren ist, so haben sie, ihr ganzes Leben hindurch, stets einen und denselben Geburtstag; auch werden sie volljährig in der ihrer Geburtszeit entsprechenden Tageszeit des 25. Februar. Dieses Letzte ist augenscheinlich Ulpian's Meynung in *L.* 3 § 3 *cit.*, da der Satz vom Schalttag unmittelbar anschließt an den schon oben abgedruckten Satz von der Momentenrechnung (§ 187).

civilen Zeitrechnung zusammentrifft, ist so eben schon bemerkt worden. Sein Zusammentreffen mit dem utile tempus kann nie zu einer Schwierigkeit führen. Denn das Wesen dieses letzten besteht nur darin, daß diejenigen Tage, worin das Handeln gehindert war, nicht als versäumte Tage angerechnet werden sollen. Fällt nun die Verhinderung in einen Schalttag, so wird auch dieser nicht angerechnet: aber die Wirkung des utile tempus ist nicht fühlbar, indem ohnehin der Zeitraum um den einfallenden Schalttag erweitert wird, so daß, mit und ohne Verhinderung an diesem Tage, die Rechnung stets dieselbe bleibt.

Manche haben behauptet, die hier aufgestellten Regeln seyen im heutigen Recht gar nicht, oder doch nur auf beschränkte Weise, anzuwenden, weil in unsren gedruckten Kalendern der Schalttag mit einer eigenen Zahl bezeichnet, mithin als ein besonderer Tag anerkannt sey (f). Daß dieser Umstand gleichgültig, und dem Wesen des Kalenders fremd ist, wurde schon oben dargethan. Bey jener Meynung liegt aber wohl noch im Hintergrund die Voraussetzung, daß die ganze Sache eine sogenannte Römische Subtilität sey, von welcher wir uns befreyen müßten. Es sind aber vielmehr jene Regeln die consequente Folge der Einschaltung, die wir von den Römern angenommen haben, ja auch gar nicht entbehren können, indem es nur gleich-

(f) Westphal Arten der Sachen S. 469. Glück B. 3 S. 526. 528.

gültig ist, daß sie gerade im Februar, anstatt in irgend einem andern Monat, angebracht wird. Wollten wir nun jene juristische Behandlung des Schalttags aufgeben, so würden wir, anstatt von einer Subtilität frey zu werden, vielmehr in große Verwirrung gerathen. Der Ablauf einer dreyßigjährigen Klagverjährung wäre nicht, wie es jetzt eben so richtig als bequem geschieht, nach dem bloßen Kalendertag des Anfangs zu bestimmen, sondern es müßten stets mehrere Tage abgerechnet werden, und zwar, nach Verschiedenheit der Fälle, bald Sieben bald Acht Tage, weil in der That um so viel früher die dreyßigmal 365 Tage vollendet sind. Wo der Schalttag in den Anfang oder das Ende eines Zeitraums fällt, würde zwar nicht dieselbe Schwierigkeit eintreten, aber was könnten wir dabey gewinnen, diese Fälle anders als jene, also mit offenbarer Inconsequenz, zu behandeln?

Eine neuere Gesetzgebung hat, in einzelnen Anwendungen, Regeln aufgestellt, die mit den hier vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen übereinstimmen, und es läßt sich darin eine Anerkennung dieser, aus dem früheren Recht herstammenden, Grundsätze selbst annehmen. Das Preußische Landrecht sagt von der dreyßigjährigen Verjährung durch Nichtgebrauch (I. 9. § 548): „Durch die bey Schalt„jahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht „geändert;" das heißt, der Ablauf der Verjährung soll nach dem Datum des Anfangs bestimmt werden, nicht um Sieben oder Acht Tage früher wegen der einfallenden

Schalttage; oder mit anderen Worten: die Schalttage gelten nicht als Zeiträume. — Dann sagt der § 549, die Verjährung, die in einem Schaltjahr mit dem 29. Februar anfange, endige stets mit dem letzten Februar (also nach 30 Jahren mit dem 28. Februar, weil dieses kein Schaltjahr seyn kann). — Übereinstimmend mit dieser letzten Vorschrift sagt eine andere Stelle (II. 8 § 859), der am 29. Februar eines Schaltjahrs ausgestellte, auf Jahre lautende Wechsel sey in einem Gemeinjahr am 28. Februar verfallen. — In diesen beiden letzten Bestimmungen liegt die deutliche Anerkennung, daß, wo ein Schalttag in Betracht kommt, die Identität der Tage nicht durch die in unsren gedruckten Kalendern beygefügten Zahlen bestimmt werde; gerade Dieses aber ist es, was hier durch alle einzelne Anwendungen durchgeführt worden ist.

Im Französischen Gesetzbuch hat dieser Gegenstand folgende sonderbare Wendung genommen. Ursprünglich lautete der Text so:

2260. La prescription se compte par jours, et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

2261. Dans les prescriptions qui s'accomplissent dans un certain nombre de jours, les jours complémentaires sont comptés. Dans celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires.

Über den Schalttag war hier gar Nichts gesagt; der

Art. 2261 betrifft die Fünf Ergänzungstage des republikanischen Kalenders (von 1793), die mit dem Schalttag gar Nichts gemein hatten, indem sie nur dazu dienten, die Zwölf Monate von 30 Tagen mit dem Jahr von 365 Tagen auszugleichen, anstatt daß der Schalttag zur Ausgleichung dieses Jahrs mit dem Sonnenjahr bestimmt ist. Durch ein Senatusconsult wurde mit dem 1. Januar 1806 der Gregorianische Kalender wieder eingeführt, und nun hatte der Art. 2261 alle Bedeutung verloren. Das Gesetz vom 3. September 1807 gab dem bisherigen Code civil den Namen Code Napoléon, indem es zugleich eine Anzahl einzelner Abänderungen darin vornahm. Unter diese Abänderungen gehörte denn auch die Weglassung des Art. 2261 (g). Damit aber die Zahlenreihe nicht gestört würde, machte man den zweyten Satz des alten Art. 2260 zu einem besonderen Art. 2261; und dieses ist seitdem die Gestalt der angeführten Bestimmungen geblieben, so daß jetzt über den Schalttag nicht einmal eine scheinbare Vorschrift zu finden ist. Maleville, der während der alten Gestalt des Code schrieb, glaubt daß man den (alten) Art. 2261 auch auf den Schalttag anwenden könne, wodurch also hier die Meynung vieler Civilisten, nach welcher zwischen Jahren und Tagen unterschieden werden soll, für Frankreich eine Bestätigung erhalten würde (h). Er

(g) Sirey Jurisprudence de la cour de cassation, an 1807, Additions p. 350. 354.

(h) Maleville T. 4 p. 391 der zweyten Ausgabe; diese ist erschienen 1807, nach der Herstellung des Gregorianischen Kalenders, aber vor dem Gesetz vom

bekennt jedoch, daß nach sehr gewichtigen Autoritäten (Dunod und Cujas) vielmehr zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Zeiträumen unterschieden werden müsse. Seitdem ist durch Weglassung des alten Art. 2261 auch der Schein verschwunden, der daraus für jene Meynung entstehen konnte, und so ist wohl in Frankreich der Schalttag ganz nach den Regeln zu beurtheilen, die hier für das Römische Recht aufgestellt worden sind.

Merkwürdig ist noch die monströse Gestalt, welche jenes Gesetz im Napoleonischen Königreich Italien angenommen hat. Hier wurde der Art. 2261 nicht, wie in Frankreich, unterdrückt, sondern durch folgende ganz andere Bestimmung ersetzt:

Nelle prescrizioni le quali si compiono in un dato numero di giorni, si computa qualunque *giorno feriato*. In quelle che si compiono a mesi, si ritengono *eguali tutti i mesi*, quantunque composti di numero diseguale di giorni.

Schon in diesen Worten, noch mehr aber in dem hinzugefügten Commentar, erscheint eine so vollständige Confusion, des utile tempus, der Monatslänge, der civilen Zeitrechnung, und des Schalttags, wie man sie in dem Umfang weniger Zeilen hervorzubringen kaum für möglich hätte halten sollen (i).

3. Sept. 1807, das man nicht vorhersehen konnte. Damals hatte die Meynung den guten Grund für sich, daß dadurch dem alten Art. 2261, wenn er blieb, einige praktische Bedeutung erhalten wurde.

(i) Codice civile di Napoleo-

§. 195.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Einleitung.

Böhmer Jus Eccl. Prot. Lib. 2 T. 26 § 35—45.

Wernher observ. for. T. 1 P. 4 Obs. 5 (urſprünglich eine Disputation. Viteberg. 1718).

Kress de natura vetustatis Helmstad. 1734.

Pufendorf Observ. I. 151 und II. 54. 55.

Neller opuscula Vol. 2 P. 1 Colon. 1788. Op. II.—V.

Thibaut Beſitz und Verjährung S. 178—202.

F. G. F. comes de Ahlefeldt-Laurvig de praescriptione immemoriali Havniae 1821. 8.

Unterholzner Verjährungslehre I. § 140—150.

Pfeiffer Practiſche Ausführungen B. 2 Hannover 1828 S. 3—147.

P. H. J. Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit München 1835.

Arndts Beyträge Bonn 1837. N. III.

In der bis hierher angeſtellten juriſtiſchen Betrachtung der Zeit wurde dieſelbe ſtets als eine beſtimmte Größe gedacht, und alle aufgeſtellte Regeln bezogen ſich lediglich auf die Meſſung dieſer Größe (§ 179). Nun findet ſich aber daneben noch ein Rechtsinſtitut von ganz verſchiede-

ne il grande col confronto delle leggi Romane (3 Bände Milano 1809. 1810. 1811 in 16°), T. 3 p. 1638; Alles zum Gebrauch der Univerſitäten, mit Genehmigung der Generaldirection des öffentlichen Unterrichts, ſo wie des Juſtizminiſters.

ner Natur; in ihm erscheint die Zeit ohne ein fest bestimmtes Maaß, zugleich aber in einer Ausdehnung, die über die meisten bestimmten Zeiträume weit hinausreicht. Auch durch seinen allgemeineren Character unterscheidet sich dieses Institut von anderen, die auf die Zeit gegründet sind. Die Usucapion, die Klagverjährung u. s. w. haben ihren bestimmten Zusammenhang mit einzelnen Theilen des Rechtssystems, und in diesem Zusammenhang allein können sie befriedigend dargestellt werden; hier war nur das Zeitelement darzustellen, welches ihnen gemeinschaftlich zum Grunde liegt. Das nunmehr angedeutete Institut hat dagegen eine so allgemeine, in die verschiedensten Rechtsverhältnisse eingreifende, Natur, daß auch für die vollständige Darstellung desselben keine andere als die gegenwärtige Stelle gefunden werden kann.

Die Namen, womit dieses Institut bezeichnet zu werden pflegt, sind mannichfaltig: unvordenkliche Zeit, unvordenklicher Besitz, unvordenkliche Verjährung; eben so immemoriale tempus, possessio oder praescriptio immemorialis. Es wird durch die Darstellung selbst klar werden, warum von mir der erste dieser Namen vorgezogen worden ist. Die hier angegebenen lateinischen Kunstausdrücke sind sprachlich zu tadeln, in der Sache ist Nichts dagegen einzuwenden, da die in den Quellen vorkommenden Umschreibungen: quod memoriam excedit, und cujus memoria non exstat, wesentlich dasselbe sagen.

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß die unvor-

denkliche Zeit, in ihrer Wirkung, der Ersitzung (§ 177) verwandt ist. Wo nun diese letzte wirklich begründet ist, da kann von der unvordenklichen Zeit, welche schwerer zu erfüllende Bedingungen hat, nicht die Rede seyn. Und so erscheint sogleich die unvordenkliche Zeit im Verhältniß eines Surrogats, als Aushülfe für solche Fälle, worin die Ersitzung nicht ausreicht, so daß die erste Aufgabe darauf gerichtet seyn muß, die Fälle des Bedürfnisses und der Anwendung dieses ergänzenden Instituts genau zu bestimmen. Ein solches Bedürfniß aber ist auf zweyerley Weise denkbar: erstens für Fälle, worin die Bedingungen der Ersitzung fehlen: zweytens für Gegenstände, worauf die Ersitzung überhaupt nicht anwendbar ist.

Bevor aber diese Fälle selbst angegeben werden, ist es nöthig den Blick auf ein außer dem Privatrecht liegendes Gebiet zu richten. Auch im Staatsrecht kommen nicht selten Fälle vor, worin die sichere Erledigung schwankender, zweifelhafter Verhältnisse, welche im Privatrecht auf so wohlthätige Weise durch Usucapion oder Klagverjährung bewirkt wird, als ein eben so unabweisliches Bedürfniß erscheint. Da aber hier kein Gesetzgeber ordnend eingreift, so bricht sich zwar auch das Bedürfniß seine Bahn, jedoch so daß wir die festen Zeitgränzen vermissen, die sich im Privatrecht überall finden. In England konnte es nach der Revolution von 1688 auch einem strengen Gewissen lange Zeit zweifelhaft bleiben, ob eine rechtmäßige Veränderung vorgegangen, oder bloße Gewalt geübt worden

sey; und wenn die Stuarte siegreich zurückgekehrt wären, so würde ihnen die Anerkennung ihres fortdauernden Rechts nicht gefehlt haben. Als aber in der Person des Kardinals von York der Stuartsche Königsstamm erlosch (1806), da hatte England und Europa längst aufgehört, an dem rechtmäßigen Thronbesitz des Hauses Braunschweig zu zweifeln. Niemand kann hier und in ähnlichen Fällen ein Jahr angeben, worin der Zweifel in Gewißheit übergeht; wohl aber läßt sich die Bedingung dieses Übergangs durch allgemeine Charactere bezeichnen. Wenn der gegenwärtige Zustand schon so lange besteht, daß die jetztlebende Generation keinen andern gekannt, ja selbst von ihren nächsten Vorfahren keinen andern, als von diesen selbst erlebt, erfahren hat, dann kann man annehmen, daß dieser Zustand mit den Überzeugungen, Gefühlen und Interessen der Nation gänzlich verschmolzen ist, und so ist dann Dasjenige vollendet, was man die publicistische Verjährung nennen könnte. Da nun dieses gerade der Character ist, welchen unsre Schriftsteller der unvordenklichen Zeit zuschreiben, so haben wir das Urbild derselben im öffentlichen Recht aufgefunden.

Damit aber ist zugleich auch der Weg gebahnt, um die Fälle ihrer Anwendung im Privatrecht zu bestimmen. Es giebt in diesem manche Rechte, die nicht unmittelbar auf dem Boden desselben entsprungen sind, sondern aus einer publicistischen Einwirkung auf das Privatrecht herrühren. Der Natur solcher Rechte ist es angemessen, auch

ihre Erwerbung im Einzelnen auf publicistische Regeln zurückzuführen. Wo daher die zweifelhafte Entstehung eines solchen Rechts auf das Bedürfniß führt, eine Entscheidung durch Zeitlauf eintreten zu lassen, da wird nicht die privatrechtliche Ersitzung, sondern die eben beschriebene publicistische Verjährung, das angemessene Mittel für diesen Zweck seyn. Und dieses ist in der That der Gesichtspunkt, von welchem aus die unvordenkliche Zeit in unsrem Privatrecht betrachtet werden muß, weshalb wir ihren Begriff vorläufig so bestimmen können:

Sie ist das Surrogat der Ersitzung bey solchen Rechten, auf welche, nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart, die Ersitzung selbst nicht anwendbar ist.

Die Wahrheit dieser Behauptung muß aus den Bestimmungen unsrer Rechtsquellen über die unvordenkliche Zeit hervorgehen. Hierbey müssen wir vor Allem die größte Sorgfalt auf die Stellen des Römischen Rechts wenden, da es ganz irrig seyn würde, dieses nur als die zufällige Veranlassung, nicht als die wahre Grundlage des genannten Rechtsinstituts anzusehen. Alle ältere Schriftsteller behandeln es als eigentliche Grundlage, ja die ganze praktische Ausbildung der unvordenklichen Zeit ist lediglich aus einzelnen Stellen des Römischen Rechts hervorgegangen.

§. 196.

IV. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Römisches Recht.

Wir finden drey Rechtsinstitute, worin das Römische Recht die unvordenkliche Zeit als Entstehungsgrund rechtlicher Verhältnisse anerkennt: die Gemeindewege, Schutzanstalten gegen das Regenwasser, und Wasserleitungen (a).

I. Gemeindewege. Es giebt dreyerley Wege (b): Heerstraßen (publicae viae), Privatwege (privatae), die ganz im Eigenthum eines Einzelnen stehen, und Gemeindewege (vicinales) (c). Die rechtliche Beschaffenheit dieser letzten ist verschieden. Sind sie auf öffentlichem Boden angelegt, so haben sie die Natur der publicae; sind sie

(a) Man könnte dahin auch noch rechnen wollen die rechtliche Natur des Schatzes: *L.* 31 § 1 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.). „Thesaurus est *vetus* quaedam depositio pecuniae, *cujus non extat memoria.*" Hier ist der Ausdruck genau derselbe, wie bey der unvordenklichen Zeit, aber nicht nur die Wirkung ist ganz ungleichartig, sondern, genau betrachtet, selbst die factische Voraussetzung. Bey dem Schatz ist es ganz gleichgültig, ob aus den zwey letzten Menschenaltern alle Erinnerung verschwunden ist. Wenn aus irgend einer alten Zeit ein gegenwärtiges Eigenthum durch eine ununterbrochene Reihe von Vererbungen dargethan werden kann, so kommt das besondere Recht des Schatzes nicht zur Anwendung, welches daher nur eintritt, wenn die Sache factisch als herrenlos gelten muß, weil kein erweislicher Eigenthümer vorhanden ist, also Niemand durch jene Behandlung verletzt wird.

(b) *L.* 2 § 22 *ne quid in loco publ.* (43. 8.). (Ulpian.)

(c) *L.* 2 *cit.* „Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt." Man könnte fragen, warum hier nur die Communalwege der unwichtigen vici erwähnt werden, nicht die der weit wichtigeren Municipien und Colonieen; ohne Zweifel deswegen, weil bey diesen ohnehin Niemand zweifelte, daß sie insgesammt, ohne die angegebene Unterscheidung, publicae viae seyen.

entstanden aus Privatboden, welchen die Eigenthümer dazu hergegeben haben (d), so sind sie privatae, das heißt sie sind im gemeinschaftlichen Eigenthum dieser Einzelnen, welche daher befugt sind, sie wieder aufzuheben oder auch für Fremde zu verschließen. Jedoch leidet dieses Letzte eine Ausnahme; auch die auf Privatboden ursprünglich angelegten Gemeindewege sind publicae, also der Privatwillkühr entzogen, wenn sie seit unvordenklicher Zeit, über Menschengedenken hinaus, als Wege bestehen (e); sie haben dadurch die rechtliche Natur öffentlicher Straßen angenommen. — Hier hat also die unvordenkliche Zeit die Wirkung, daß dadurch ein Weg eben so zum Gemeingut Aller wird, wie wenn er durch die Staatsgewalt und auf Staatsboden angelegt worden wäre, was er in der That nicht ist. Ein Privatbesitz liegt dabey nicht zum Grunde, und irgend ein Privatrecht wird dadurch nicht begründet. — Eine Anwendung dieses Grundsatzes im heutigen Recht würde wohl möglich seyn, wenngleich die Aufsicht auf öffentliche Anstalten dieser Art bey uns anders als bey den Römern eingerichtet ist.

(d) Ulpian bemerkt in *L.* 2 *cit.*, die bloße Erhaltung aus Privatmitteln beweise Nichts gegen die Natur einer publica via, da auch bey einer solchen die Erhaltung aus den Beyträgen derjenigen Einzelnen geschehen könne, die davon vorzugsweise Nutzen ziehen. Vorher sagt er, die öffentliche Natur der Vicinalwege werde von Manchen ganz allgemein behauptet; er beschränkt nun diese Behauptung durch die im Text dargestellte Unterscheidung.

(e) *L.* 3 *pr. de locis et itin. publ.* (43. 7.). (Ulpian.) „Viae vicinales, *quae ex agris privatorum collatis factae sunt* (die also nach der vorigen Stelle eigentlich privatae seyn müßten), *quarum memoria non exstat*, publicarum viarum numero sunt."

II. Schutzanstalten gegen das Regenwasser. Auf die Gefahren, die das Regenwasser unsren Grundstücken bereiten kann (f) bezieht sich ein uraltes Rechtsinstitut, welches auf folgendem Grundsatz beruht. Niemand darf den Normalzustand eines Grundstücks eigenmächtig dergestalt ändern, daß der Ablauf des Regenwassers zum Nachtheil meines Grundstücks verstärkt oder vermindert werde (g).

Worin besteht nun dieser Normalzustand? Zunächst in der natürlichen, ohne menschliches Zuthun entstandenen, Beschaffenheit des Bodens (h), welche dem höheren Grundstück den Vortheil giebt, das von dem Boden nicht eingesogene Regenwasser auf das niedere zu entlassen; einen Vortheil, der durch die dem niederen zugeführte Besserung compensirt wird (i). — Dann aber in rechtmäßig angelegten künstlichen Anstalten, Dämmen, Wällen, Abzugsgrä-

(f) Blos von diesen Gefahren und ihrer Abwehr ist hier die Rede, gar nicht von dem Vortheil, der uns durch das befruchtende Regenwasser entstehen, und also vielleicht auch von unseren Nachbaren vermindert werden kann. Auf diesen Vortheil haben wir gar kein Recht. *L.* 1 § 11. 12. 21 *de aqua pluv.* (39. 3.).

(g) *L.* 1 § 1. 10. 13 *de aqua pluv.* (39. 3.), *L.* 11 § 6 *eod.* (in der ersten Hälfte). Vergl. Cicero top. C. 9.

(h) *L.* 1 § 1. 13. 23 *de aqua pluv.* (39. 3.) „agri naturam esse servandam." *L.* 2 *pr. eod.* „natura loci."

(i) *L.* 1 § 22 *de aqua pluv.* (39. 3.) „hanc esse *servitutem* inferiorum praediorum." *L.* 1 § 23 *eod.* „et semper inferiorem superiori *servire*." *L.* 2 *pr. eod.* „per quae inferior locus superiori *servit*." — Es sind dieses durchaus nur bildliche Bezeichnungen des Verhältnisses, an eine Servitut oder auch nur etwas ihr Nachgebildetes (etwa servitus non jure constituta, sed tuitione) ist hier nicht zu denken.

ben, welche durch die Art ihrer Entſtehung gleichen Anſpruch auf Unverletzlichkeit haben, wie die natürliche Beſchaffenheit. Die rechtmäßige Anlage kann geſchehen gleich bey Gründung einer Stadt, durch die Obrigkeit, welcher dieſe Gründung übertragen iſt, alſo vermittelſt der lex colonica; in der Folge aber, nicht durch Anordnungen der verwaltenden Stadtobrigkeiten, ſondern durch die höchſten Staatsgewalten, den Kaiſer oder den Senat (k). Findet ſich eine ſolche Anſtalt, deren rechtmäßige Gründung nicht erweislich iſt, ſo kann in der Regel Jeder deren Wegräumung, das heißt die Herſtellung des urſprünglichen Zuſtandes, fordern (l). Wenn jedoch die Anſtalt ſchon über Menſchengedenken beſteht, das heißt ſo lange daß die Jetztlebenden keinen andern Zuſtand kannten, auch keinen von ihren Vorfahren vernommen haben (m), dann iſt ihr Alter ſo gut wie die Lex, das heißt es wird nun die rechtmäßige Gründung angenommen (n). So kann demnach der zu erhaltende Normalzuſtand durch drey verſchiedene Gründe beſtimmt werden: lex (publica auctoritas),

(k) *L.* 1 § 23 *L.* 2 *pr. de aqua pluv.* (39. 3.) „lex." — *L.* 23 *pr. eod.* „Principis aut Senatus jussu, aut ab his qui primi agros constituerunt, opus factum." — *L.* 2 § 3 *eod.* „publica auctoritate facta." — *L.* 2 § 7 *eod.* „fossam jure factam."

(l) Nur nicht Derjenige, der um die Anlage wußte, und ſie geſchehen ließ, denn das gilt als ſtillſchweigende Einwilligung. *L.* 19. 20 *de aqua pluv.* (39. 3.).

(m) Dieſe nähere Beſtimmung, gegründet auf *L.* 2 § 8 *de aqua pluv.* (39. 3.) und *L.* 28 *de prob.* (22. 3.), wird unten, bey der practiſchen Ausführung dieſer Lehre, genauer erwogen werden.

(n) *L.* 1 § 23 *de aqua pluv.* (39. 3.) „vetustatem vicem legis tenere." — *L.* 2 *pr. eod.* „vetustas, quae semper pro lege habetur."

vetustas (quae pro lege habetur), und, in Ermanglung von beiden, natura loci (o). Die vetustas also, gleichbedeutend mit der unvordenklichen Zeit (p), ist blos ein Surrogat der lex oder publica auctoritas, ihr gleich wirkend, wo diese selbst in Vergessenheit gerathen ist, vielleicht auch nie vorhanden war.

Diese Einwirkung der unvordenklichen Zeit ist also ganz ähnlich derjenigen, welche oben bey den öffentlichen Wegen nachgewiesen worden ist. Kein Privatbesitz liegt dabey zum Grunde, kein Privatrecht wird erworben, sondern die lange Dauer dient als Ersatz der wahren publicistischen Entstehung der Anstalt, und nun hat jeder Betheiligte das Recht, diesen Zustand als unantastbar für sich geltend zu machen. Weil es kein Privatrecht ist, so

(o) *L.* 1 § 23 *de aqua pluv.* (39. 3.), *L.* 2 *pr. eod.* „In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas."

(p) Das, was in *L.* 2 *pr. de aqua pluv.* (39. 3.) vetustas heißt, wird gleich darauf, im § 1, erklärt durch: „nec memoriam exstare quando facta est." Unmittelbar verbunden sind beide Ausdrücke in *L.* 2 § 3 *eod.* „quorum memoriam vetustas excedit." (Vgl. auch *L.* 2 § 7 *L.* 23 § 2 *eod.*). An ihrer gleichen Bedeutung ist daher nicht zu zweifeln. — Es hat also damit keinen unmittelbaren Zusammenhang, wenn in einigen Stellen aus viel späterer Zeit vetustas eine Zeit von 40 Jahren bedeutet. *L.* 2 *C. Th. de longi temp. praescr.* (4. 13.) „annorum XL. quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt," und in demselben Sinn *L.* 7 *C. de fundis rei priv.* (11. 65) „excepto vetustatis auxilio," welche Stelle interpolirt ist aus der, die 40 J. vorschreibenden, *L.* 14 *C. de fundis patrim.* (11. 61.), indem jene Worte in dem Original (*Nov. Theod. tit.* 28) nicht vorkommen. Inwiefern dennoch dieser andere Sprachgebrauch für die unvordenkliche Zeit zu benutzen ist, wird im § 199 gezeigt werden.

konnte nicht die Ersitzung eingreifen; da aber doch ein ähnliches Bedürfniß vorhanden ist (q), so wird diesem auf ähnliche Weise wie durch Ersitzung abgeholfen, nur erst in längerer und weniger bestimmter Zeit. Daneben kann aber auch ein Einzelner auf privatrechtlichem Wege einen ähnlichen oder stärkeren Schutz für sein Grundstück erwerben, namentlich durch eine Servitut; wo also diese erworben ist, durch Vertrag (cessio), Testament, oder die ihr eigenthümliche Ersitzung, da geht deren Einwirkung jenen allgemeinen Regeln gerade so vor, wie in anderen Fällen die Servitut dem Grundeigenthum vorgeht (r). Ungegründet würde die Einwendung seyn, daß in einem solchen Fall die privatrechtliche Servitut dem jus publicum vorgezogen wäre, gegen die oben (§ 16) aufgestellte Regel. Die Servitut wirkt nur zwischen zwey einzelnen Grundstücken, und entzieht dem einen die Vortheile, die es sonst aus dem Normalzustand, also vielleicht auch aus der öffentlichen Anstalt (die juris publici ist), ziehen könnte; diese Anstalt selbst aber, insofern sie eine allgemeine polizeyliche Natur hat, oder einem dritten Grundstück Vortheil bringt, kann dadurch nicht eingeschränkt werden (s).

(q) *L.* 2 *pr. de aqua pluv.* (39. 3.) „minuendarum scilicet litium causa," ganz so wie es in *L.* 1 *de usurp.* (41. 3.) heißt: „ne .. diu et fere semper incerta dominia essent." Vergl. Gajus II. § 44.

(r) Die Ähnlichkeit und Unähnlichkeit unsres Grundsatzes mit den Servituten, so wie die mögliche Concurrenz wirklicher Servituten, die dann stets den Vorzug haben, wird anerkannt in *L.* 2 § 10 *L.* 1 § 17. 23 *de aqua pluv.* (39. 3.).

(s) Es tritt also hier ein ähnliches Verhältniß ein, wie wenn in Rom eine servitus altius tol-

Eine buchstäbliche Anwendung dieses Grundsatzes würde im heutigen Recht deswegen nicht möglich seyn, weil bey uns niemals Städte auf Römische Weise (durch dazu bestellte Magistrate) gegründet werden, auch die höchsten Staatsgewalten (Kaiser und Senat) schwerlich solche Bestimmungen unmittelbar erlassen möchten. Aber dem Sinn nach ist eine Anwendung allerdings möglich, da sich gewiß überall irgend eine Obrigkeit finden wird, die zu solchen Einrichtungen beauftragt ist, und deren Anordnungen, wo sie im einzelnen Fall nicht erweislich sind, durch unvordenkliche Dauer der Anstalt ersetzt werden können.

§. 197.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Römisches Recht. (Fortsetzung.)

III. Wasserleitungen.

In folgenden zwey Stellen wird die unvordenkliche Zeit als Erwerbungsgrund eines Rechts auf Wasserleitung bezeichnet.

lendi gegeben wurde gegen die Gesetze, wodurch die Höhe der Gebäude beschränkt war. — Ich habe übrigens hier die actio aquae pluviae nur erwähnt in ihrer reinen, ursprünglichen Gestalt. Daneben wurden noch manche Ausdehnungen auf ähnliche Verhältnisse versucht und von Anderen bestritten, wobey denn gleichfalls die vetustas, zum Theil auf eine zweifelhaftere Weise, erwähnt wird, wie in *L.* 2 § 4. 5. 7 *de aqua pluv.* (39. 3.). Dieses Alles würde hier zu weit vom Hauptzweck abgeführt haben, und muß der besonderen Darstellung jener Klage im speciellen Rechtssystem vorbehalten bleiben.

L. 3 § 4 *de aqua quot.* (43. 20.). (Pomponius.)

Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

L. 26 *de aqua pluv.* (39. 3.). (Scaevola.)

Scaevola respondit, solere eos qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur.

Dieſer Fall der Anwendung iſt der ſchwierigſte in der Lehre von der unvordenklichen Zeit: zugleich iſt aber auch keiner durch häufige Anwendung in Gerichten ſo wichtig geworden als dieſer. Für eine erſchöpfende Behandlung der Frage iſt es nöthig, etwas weit auszuholen.

Bey dem Eigenthum kommt ſchon frühe eine longi temporis praescriptio gegen die Vindication vor, und zwar ſo daß darin longum tempus nicht etwa eine unbeſtimmt lange Zeit, ſondern ganz genau 10 oder 20 Jahre (nach dem Unterſchied zwiſchen praesentia und absentia) bezeichnet (a). Es iſt möglich, daß noch früher die Zeit unbeſtimmt, alſo dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen war, und daß erſt kaiſerliche Conſtitutionen ſie feſtgeſtellt haben; doch iſt es wahrſcheinlicher, daß gleich Anfangs ein beſtimmter Zeitraum angenommen wurde, und daß die Conſtitutionen nur, wie in ſo vielen anderen Fällen, als An-

(a) Paulus V. 2 § 3 und V. 5 A. § 8, *L.* 7 *C. quibus non objicitur* (7. 35.), *L.* 11. 12 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33.). — Deutlich vorausgeſetzt erſcheint derſelbe Rechtsſatz auch in *L.* 1 *C. de praescr. l. t.* (7. 33.) von Severus, beſonders wenn man damit die Stellen des Paulus vergleicht.

erkennung und Bestätigung des ohnehin geltenden Rechtssatzes angeführt werden (b).

Servituten konnten in älterer Zeit durch Usucapion, also in Einem oder Zwey Jahren, erworben werden; eine Lex Scribonia hob diese Erwerbungsart auf (c). Da aber das praktische Bedürfniß einer Erledigung zweifelhafter Verhältnisse durch Zeit auch bey ihnen unverkennbar war, so bildete sich, nach der Analogie der eben erwähnten longi temporis praescriptio, folgender Rechtssatz aus, den wir schon bey den alten Juristen als unzweifelhaft anerkannt finden. Wer eine Servitut während eines longum tempus, also 10 oder 20 Jahre lang, ausübt (d), wird so

(b) *L.* 76 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.) (Paulus) „longae possessionis praescriptione, si .. impleat *tempora constitutionibus statuta.*" — Folgende Stellen setzen bereits einen festen Zeitraum voraus: *L.* 54 *de evict.* (21. 2.) (Gajus), *L.* 13 § 1 *de jurejur.* (12. 2.) (Ulpian und Julian), *L.* 21 *de usurp.* (41. 3.) (Javolenus), *L.* 14 *pro emt.* (41. 4.) (Scävola, mit Erwähnung von praesens und absens).

(c) *L.* 4 § 29 *de usurp.* (41. 3).

(d) *L.* 10 *pr. si serv.* (8. 5). „Diuturno usu et *longa quasi possessione.*" Nachher heißt es: per annos *forte tot;* das geht auf die bestimmte Zahl von Jahren, die in jedem einzelnen Fall anzugeben und zu beweisen ist, und die sehr verschieden seyn kann, wenn sie nur nicht weniger beträgt, als 10 (oder 20) Jahre. — *L.* 1 *C. de serv.* (3. 34) *„longi temporis* consuetudinem." — *L.* 2 *C. eod. „exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.* Quod si *ante id spatium*" etc. Ohne Zweifel war dieses Rescript in eine Provinz erlassen, an Provinzialstücken aber vertrat die l. t. praescriptio ganz allgemein die Stelle der Usucapion. Die Worte: exemplo rer. immob. sind also nur eine Umschreibung der bestimmten Zeit von 10 oder 20 Jahren, welches auch durch die folgenden, blos wiederholenden, Worte: *id* spatium unzweifelhaft wird. — *L.* 5 § 3 *de itin.* (43. 19) „velut *longi temporis* possessionis praerogativam" (das velut geht auf die bloße *quasi* possessio bey Servituten). — *L.* 1 § 23 *de aqua* (39. 3) „et

angeſehen und geſchützt, als wenn er das Recht derſelben wirklich erworben hätte (e); er bekommt nicht blos eine temporalis praescriptio gegen die Klage des Eigenthümers, ſondern ſelbſt eine Klage (f). Anſtatt des poſitiven Rechtstitels, der zur Uſucapion und zur longi temporis praescriptio nöthig iſt, wird hier nur gleichſam ein negativer Titel gefordert; der Beſitz ſoll weder mit Gewalt, noch heimlich, noch bittweiſe angefangen haben (g). Dieſe Erſitzung ſollte gewiß bey allen Arten der Prädialſervituten gelten, und wir finden ſie namentlich anerkannt bey

in servitutibus ... qui *diu* usus est servitute .. habuisse *longa* consuetudine." — Die Übereinſtimmung dieſer Stellen hebt jeden Zweifel, der etwa noch bey den Ausdrücken einer einzelnen übrig bleiben könnte. — Ein Bedenken könnte man finden in *L.* 10 § 1 *de usurp.* (41. 3) „Hoc jure utimur, ut servitutes per se *nusquam longo tempore capi* possint." Allein es iſt dieſes hier nur die auch ſonſt öfter wiederkehrende und überflüſſige Interpolation: longo tempore capi für: usucapi, überall wo von Immobilien die Rede iſt.

(e) *L.* 1 *C. de serv.* (3. 34) „*vicem servitutis* obtinere. — *L.* 1 § 23 *de aqua pluv.* (39. 3) „habuisse longa consuetudine *velut* jure impositam servitutem videatur."

(f) *L.* 10 *pr. si serv.* (8. 5) „sed utilem habet actionem."

(g) *L.* 10 *pr. si serv.* (8. 5) „non vi non clam non precario." Eben ſo in *L.* 1 *C. de serv.* (3. 31) „nec vi nec clam nec precario," *L.* 1 § 23 *de aqua pluv.* (39. 3) „neque vi neque precario neque clam." — Dieſelbe Bedeutung hat *L.* 2 *C. si serv.* (3. 34) „Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti" etc., das heißt: Wenn du die Waſſerleitung, (ſo wie du anführſt) mit Wiſſen des Martialis benutzt haſt." Das eo sciente war aus den von dem Anfragenden vorgetragenen Thatſachen entnommen, und wurde hier als Bedingung wiederholt, weil, wenn es wahr war, daraus von ſelbſt die (eigentlich nothwendige) Abweſenheit des vi, clam, precario hervorgieng. Mit Unrecht haben daraus Manche die scientia ſchlechthin zu einer Bedingung der Servitutenerſitzung machen wollen.

altius tollendi (h), bey Waſſerleitungen (i), und bey Wegen (k); auf die an ſich ſehr vergänglichen perſönlichen Servituten iſt ihre Anwendung weniger häufig und wichtig, wir haben aber keinen Grund zu bezweifeln, daß das Princip auch bey dieſen ſtets anerkannt war (l).

Hier nun iſt der Sitz der ganzen Schwierigkeit, die bis auf unſere Zeit eine ſo große praktiſche Wichtigkeit behauptet hat. Nach den im Anfang dieſes § mitgetheilten Stellen ſcheint der Erwerb einer Waſſerleitung an die unvordenkliche Zeit geknüpft; nach den oben erwähnten Stellen werden Servituten (darunter auch ſelbſt die der Waſſerleitung), ſchon in 10 oder 20 Jahren, alſo in ungleich kürzerer Zeit, erworben. Die Löſung dieſes ſcheinbaren Widerſpruchs (m), die ſchon ſeit Jahrhunderten unſre Juriſten beſchäftigt hat,

(h) *L.* 2 *C. de serv.* (3. 34). Der Kläger verlangt hier, daß nicht gebaut werde, und der Beklagte (is qui pulsatur) erſcheint als der, welcher wohl die Servitut durch Zeit erworben haben könnte; alſo iſt von der servitus altius tollendi die Rede, nicht von altius *non* tollendi.

(i) *L.* 10 *pr. si serv.* (8. 5), *L.* 2 *C. de serv.* (3. 34).

(k) *L.* 5 § 3 *de itin.* (43. 19).

(l) Die Sache wird hier nur beyläufig erwähnt, und nur in einer Verordnung von Juſtinian, welches ſich aus dem im Text erwähnten Umſtand erklärt. *L.* 12 *in f. C. de praescr. longi temp.* (7. 33) „Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, *veluti ususfructus, et ceterae servitutes.*"

(m) Man könnte ſagen, es ſey kein Widerſpruch vorhanden, denn wer unvordenkliche Zeit als Grund des Erwerbs bezeichne, läugne damit noch nicht die Zulänglichkeit von 10 Jahren (Braun zu Thibaut S. 895). Allein wer ſchon dieſe für zulänglich hält, würde ſich auf unverantwortliche Weiſe ſchlecht ausdrücken, wenn er den Erwerb als Folge des unvordenklichen Beſitzes bezeichnen wollte; hier alſo, wenn irgendwo, iſt gewiß das Argument a contrario an ſeiner Stelle.

ſoll nunmehr verſucht werden; zuvor aber iſt in kurzer Überſicht zu zeigen, daß die bisher angeſtellten Verſuche größtentheils ungenügend geblieben ſind.

Ich will zuerſt ſolche Verſuche erwähnen, wodurch die unvordenkliche Zeit bey den Servituten als praktiſches Moment ganz ausſcheiden würde. So ſagt Cujacius(n), durch longum tempus werde nur erſt eine utilis actio erworben, durch unvordenkliche Zeit auch eine directa; welcher Unterſchied praktiſch ganz unerheblich ſeyn würde. Er iſt aber auch in der Theorie nicht haltbar; allerdings kommt anderwärts ein Unterſchied vor zwiſchen servitus *ure* (civili) constitua, und per *tuitionem praetoris* (o): aber gerade Bezeichnungen dieſer letzten Art werden bey der unvordenklichen Zeit gebraucht (p), auch iſt es kaum denkbar, daß etwas ſo Unbeſtimmtes, wie die vetustas, ein ſtrenges Recht nach jus civile, etwa der Uſucapion gleich, gegeben haben ſollte. — Unterholzner erklärt den aquae ductus der beiden oben mitgetheilten Stellen von Abzugsgräben, bezieht alſo die Stellen ſelbſt nicht auf die Servitut der Waſſerleitung, ſondern auf die actio aquae pluviae, wobey ohnehin die Einwirkung der vetustas ganz unzweifelhaft iſt (q). Allein in den ſehr vielen Stellen, worin aquae ductus und aquam ducere vorkommt, wird

(n) Cujacius observ. XVIII. 28. Ihm folgt Schelling S. 16.

(o) *L.* 1 *pr. quib. mod. usus-fr.* (7. 4), *L.* 1 § 2 *de S. P. R.* (8. 3), *L.* 2 *comm. praed.* (8. 4), *L.* 11 § 1 *de public.* (6. 2), und ähnlich in mehreren anderen Stellen.

(p) Nämlich in den beiden, am Anfang dieſes §, im Text abgedruckten Stellen.

(q) Unterholzner § 142.

darunter stets die Zuleitung des Wassers, zum Zweck eigener Benutzung, verstanden, die Ableitung könnte nur etwa durch *abducere* bezeichnet werden (so wie die servitus stillicidii *avertendi*), und für die Abzugsgräben kommen in der That völlig verschiedene Ausdrücke in unsren Rechtsquellen vor (r).

Folgende Meynungen dagegen kommen darin überein, daß sie, nach Verschiedenheit der Fälle, bald 10 oder 20 Jahre, bald aber die unvordenkliche Zeit, bey dem Erwerb der Servituten annehmen, wodurch also die unvordenkliche Zeit zu einem wichtigen praktischen Moment für die Servituten werden würde.

a) 10 oder 20 Jahre sollen nach Einer Meynung hinreichen, wenn der Besitz nec vi, nec clam, nec precario angefangen hat; außerdem soll unvordenkliche Zeit nöthig seyn (s). Diese Meynung ist völlig verwerflich, weil der unvordenkliche Besitz ein Besitz von unbekanntem Anfang ist, hier aber vorausgesetzt wird, daß er mit Gewalt, oder heimlich, oder bittweise angefangen habe, welche Voraussetzung nur bey einem bekannten Anfang denkbar ist.

b) Nach Anderen sollen 10 oder 20 Jahre hinreichen, wenn ein positiver Rechtstitel, z. B. Kauf, dem Anfang des Besitzes zum Grunde liegt, außerdem soll unvordenkliche Zeit nöthig seyn (t). Auch diese Meynung muß ver-

(r) *L.* 2 § 1 *de aqua pluv.* (39. 3) „fossa vetus .. agrorum siccandorum causa," eben so *L.* 2 § 2. 4. 7 *L.* 1 § 23 *eod.*

(s) Donellus XI. 11 § 17.

(t) van de Water observ. II. 18. Thibaut Besitz und Verjährung S. 111. 181. Späterhin

worfen werden, weil die oben angeführten Stellen, bey dem Erwerb durch longi temporis possessio, nicht nur von einem Rechtstitel schweigen, sondern für den Anfang des Besitzes eine ganz andere Eigenschaft fordern (das nec vi u. s. w.), welche offenbar Surrogat des Titels seyn soll, da es widersinnig seyn würde, beide Bedingungen zugleich, neben einander, aufzustellen.

c) Scheinbarer ist folgende Meynung, die sich mehr als alle andere in Gerichten geltend gemacht hat. 10 oder 20 Jahre sollen hinreichen bey einer continua servitus (z. B. tigni immittendi), unvordenkliche Zeit soll nöthig seyn bey einer discontinua (z. B. via) (u). — Die höchst wichtigen Folgen dieser Meynung leuchten sogleich ein, wenn man erwägt, daß gerade die bedeutendsten Prädialservituten, wie Weiderecht und Holzungsrecht, discontinuae sind, so daß die Anwendung der unvordenklichen Zeit weit häufiger und wichtiger seyn würde, als die der 10 und 20 Jahre. Prüft man nun diese Meynung nach den Quellenzeugnissen,

hat Thibaut diese Meynung aufgegeben. Pandekten § 1017 der 8ten Ausg. Vgl. auch Braun Zusätze zu Thibaut S. 896 zu § 1054.

(u) Glossa *quaesisti* in *L.* 2 *C. de serv.* (3, 34), und *forte tot* in *L.* 10 *si serv.* (8. 5), wo die continua servitus unter dem Namen der perpetua causa vorkommt. Neben dieser Meynung aber wird in beiden Glossen noch eine andere vorgetragen, von welcher noch unten die Rede seyn soll. — Neuere Schriftsteller für diese Meynung werden in großer Zahl angeführt von Glück B. 9 S. 148. — Freylich kommt es nun noch auf den Begriff der serv. discontinua an, der natürlich sehr verschieden angegeben wird, da die Sache dem Römischen Recht ganz fremd ist. Pfeiffer S. 115 schließt jenen Begriff in sehr enge Gränzen ein.

so zeigt sie sich bald als unhaltbar. Die zwey oben mitgetheilten Stellen über die unvordenkliche Zeit reden vom aquaeductus, eben so aber auch zwey der Stellen, welche die longa possessio für genügend erklären (Note i). Nun ist allerdings die Wasserleitung darin eigenthümlich, daß sie bald continua ist (wie bey einer Brunnenröhre), bald discontinua (wie bey der Wiesenwässerung); man müßte also die angeführten vier Stellen so erklären, daß man in zwey derselben den Fall einer continua, in zwey andere den einer discontinua stillschweigend hinein interpretirte. Allein ein so gewaltsames Verfahren muß als sehr bedenklich verworfen werden, da es weder durch eine Andeutung in den Stellen selbst, noch durch irgend eine anderwärts begründete Analogie unterstützt wird (v). Völlig entscheidend aber gegen die angeführte Meynung ist der Umstand, daß in einer andern Stelle die longa possessio für den Erwerb der Wegeservitut als hinreichend erklärt wird (Note k), welche Servitut doch stets discontinua ist, also nach jener Meynung nur durch unvordenkliche Zeit erworben werden müßte.

Folgende Betrachtung soll die Auslegung unsrer Stellen vorbereiten, die ich für befriedigend halte. Servituten entstehen regelmäßig durch Vertrag mit dem Eigenthümer

(v) Die Stellen, die den 10 oder 20jährigen Besitz für hinreichend zum Erwerb eines aquaeductus erklären (Note i), sprechen ganz allgemein, ohne diesen Ausspruch auf den *continuus* aquaeductus zu beschränken, welches unmöglich verschwiegen werden konnte, wenn es wirklich Bedingung jenes Erwerbs gewesen wäre.

(in jure cessio), dessen Surrogat war (so wie bey dem Eigenthum) die Usucapion, an deren Stelle später der Besitz von 10 oder 20 Jahren getreten ist. Nun findet sich aber eine Art von Wasserleitungen, die in ihrer äußeren Erscheinung und in dem Nutzen den sie uns gewährt, ganz gleich steht mit der Servitut dieses Namens, in ihrem juristischen Character aber wesentlich verschieden davon ist. Aus einer öffentlichen Wasserleitung nämlich kann ein Einzelner für sich Wasser gewinnen wollen; eine Servitut ist unmöglich, weil ihm kein Eigenthümer gegenüber steht. Allein der Kaiser konnte einen solchen Privatgenuß als Gnade gewähren, und wenn dieses geschehen war, behandelte es der Prätor als Privatrecht, indem er den Inhaber gegen jede Störung durch ein Interdict schützte (w). Gesetzt nun, das kaiserliche Rescript war verloren, die Concession konnte also nicht mehr bewiesen werden, so gab selbst der zehenjährige Besitz keine Hülfe, weil dieser nur das Surrogat der regelmäßigen Errichtung einer wahren Servitut seyn sollte, das hier ausgeübte Recht aber keine Servitut ist, ja überhaupt keine privatrechtliche Entstehung haben kann. Was hier helfen kann, ist allein der unvordenkliche Besitz, der ja auch in ähnlichen Fällen, bey den

(w) *L.* 1 § 38 — 45 *de aqua quot.* (43. 20). Nur der Kaiser konnte das Recht geben (§ 42). Das Interdict war nicht possessorisch, sondern entschied über das Recht selbst (§ 45). Von diesen Concessionen, ihrer Form, zum Theil auch von ihrer Aufhebung sprechen *L.* 2. 3. 5. 6. 7. 9. 11 *C. de aquaeductu* (11. 42), unter welchen die *L.* 6 *cit.* den Ausdruck servitus, offenbar nur im uneigentlichen Sinn, gebraucht.

öffentlichen Wegen, und den Anstalten gegen Regenwasser, als Surrogat der regelmäßigen, publicistischen Entstehung eines Rechtsverhältnisses von uns anerkannt worden ist (§ 196). Nun verschwindet aller Widerspruch der im Eingang dieses §. mitgetheilten Stellen mit den Stellen, welche den zehenjährigen Besitz als Erwerbsgrund der Servituten anerkennen, indem jene Stellen gar nicht von einer Servitut reden, sondern von der Privatbenutzung einer öffentlichen Wasserleitung. — Ich will nicht verschweigen, was man gegen diese Auslegung einwenden kann. Oben wurde getadelt, daß die Voraussetzung einer continua oder discontinua servitus in Stellen hinein getragen wurde, die davon Nichts erwähnen; hier aber, so scheint es, tragen wir eben so die Voraussetzung der publica aqua hinein. Allein dieses Verfahren wird hier durch folgende besondere Gründe gerechtfertigt. Wir tragen in die Stellen, die den 10 und 20 jährigen Besitz gestatten (Note i) gar Nichts hinein, sondern lassen ihnen ihren vollen wörtlichen Umfang, anstatt daß ihnen nach der gewöhnlichen Erklärung die Voraussetzung einer continua servitus aufgedrungen wird. In die Stellen, welche die unvordenkliche Zeit erwähnen, tragen wir allerdings das Merkmal der publica aqua hinein, allein diese Annahme wird vor Allem unterstützt durch die augenscheinliche Analogie der öffentlichen Wege, und der Anstalten gegen das Regenwasser (§ 196); ferner dadurch, daß die eine dieser Stellen unmittelbar vorher selbst von einer publica aqua redet, und daß sie

faſt unmittelbar hinter der größeren Stelle ſteht, worin die Conceſſion aus öffentlichen Waſſerleitungen ausführlich abgehandelt wird (x); endlich durch einige Parallelſtellen des Codex, welche unverkennbar denſelben Rechtsſatz, und zwar gerade für die Benutzung öffentlicher Waſſerleitungen, enthalten (y). — Das Gewicht dieſer Gründe wird noch durch folgende Betrachtung verſtärkt. Das Wichtige in den angeführten beiden Stellen iſt nicht ihr unmittelbarer Inhalt, ſondern der darin verſteckte Gegenſatz (§ 197. m), und dieſer eigentlich iſt es, welcher von mir durch die Vorausſetzung eines publicus aquaeductus beſchränkt wird. Eine ſolche beſchränkende Vorausſetzung aber iſt minder

(x) *L.* 1 § 38 — 45 *de aqua quot.* (43. 20) handelt von der aqua ex castello (Note w); darauf folgt die ganz kurze *L.* 2, und dann die *L.* 3 *eod.*, in welcher § 1. 2 von dem aquaeductus ex flumine publico handeln. Wenn ich nun den gleich darauf folgenden § 4 gleichfalls von einer publica aqua erkläre, ſo dient die eben erwähnte Nachbarſchaft ſehr zur Unterſtützung dieſer Erklärung.

(y) *L.* 4 *C. de aquaeductu* (11. 42.) „Usum aquae *veterem* .. singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari" etc. Daß hier von einer öffentlichen Waſſerleitung die Rede iſt, folgt theils aus dem Inhalt des ganzen Titels, theils aus dem Ausdruck ſelbſt, der auf eine kaiſerliche Erlaubniß für die Unterthanen geht, theils aus der nachfolgenden Strafdrohung gegen heimliche Erweiterung des alten Beſitzes. — *L.* 7 *C. de serv.* (3. 34.) „Si manifeste doceri possit, jus aquae *ex vetere more* atque observatione .. utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: procurator noster, ne quid *contra veterem formam* .. innovetur, providebit." Da die Stelle im Titel de servitutibus ſteht, könnte man glauben, es ſey von einer eigentlichen Servitut die Rede; daß aber ein Anſpruch einzelner Privatperſonen an eine öffentliche Waſſerleitung gemeynt iſt, zeigt theils der procurator noster, der bey einer gewöhnlichen confessoria actio Nichts zu thun hätte, theils der Ausdruck certis fundis. Es iſt daher eine lex fugitiva.

bedenklich bey einer Regel, die nicht unmittelbar ausgeſprochen, ſondern nur durch das argumentum a contrario erkennbar iſt.

Dieſe Erklärung der Stellen iſt, dem Grundgedanken nach, nicht neu. Sie findet ſich, neben einer anderen, oben verworfenen Erklärung, ſchon in der Gloſſe (z), dann auch, in verſchiedenen Zeiten, bey ſpäteren Schriftſtellern (aa). Dieſe Alle aber haben ſie theils nur vorübergehend vorgetragen, theils nicht in den nöthigen Zuſammenhang mit verwandten Rechtsſätzen gebracht, und ſo iſt ſie bis jetzt nicht zu der ihr gebührenden Anerkennung gekommen.

Fragen wir nach den Reſultaten der hier angeſtellten Unterſuchung über das Römiſche Recht, ſo iſt allerdings der unmittelbare poſitive Gewinn nicht groß. Denn von den drey Rechtsſätzen, worin die Anwendung der unvordenklichen Zeit nachgewieſen worden iſt, möchte in unſrem Recht, bey ganz veränderten öffentlichen Einrichtungen, kaum noch Gebrauch gemacht werden können. Öffentliche

(z) Glossa *Quaesisti L.* 2 *C. de serv.* (3. 34.) „ibi de aqua ex flumine publico dicit vel fiscali, hic privato." Eben ſo in Glossa *forte tot L.* 10 *si serv.* (8. 5). Vgl. oben Note u.

(aa) Connanus comment. IV. 12. Num. 17. 18. Pufendorf observ. I. 32 § 16. Neller p. 69. 85. 92. Ahlefeldt p. 77 — 79. Beſondere Anerkennung verdient der Ernſt, womit Neller in ſeinen zu verſchiedenen Zeiten geſchriebenen Abhandlungen den Gegenſtand behandelt hat. Nachdem er früher auf zwey anderen Wegen die Löſung des Widerſpruchs verſucht hatte, iſt er endlich zu dieſer Meynung gekommen.

Wasserleitungen, die bey den Römern in so colossalem Umfang vorkamen, finden sich jetzt nicht leicht in solcher Gestalt, daß daraus eine Privatbenutzung verliehen werden könnte. Wichtiger ist der allgemeine Gesichtspunkt des Rechtsinstituts, der aus diesen einzelnen Regeln hervorgeht, und wovon noch bey der neueren Gesetzgebung Gebrauch gemacht werden wird. Aber das wichtigste Resultat für das praktische Recht ist das negative, indem durch den hier geführten Beweis die Servitutenlehre von jeder Anwendung der unvordenklichen Zeit gänzlich befreyt wird. Ja nicht einmal auf die Servituten bleibt dieser Gewinn beschränkt, vielmehr kommt er auch den Germanischen Reallasten zu gut, deren Verjährung großentheils nach den Römischen Regeln über die Servituten zu beurtheilen ist.

Man könnte vielleicht glauben, die Anwendung der unvordenklichen Zeit auf die discontinuae servitutes, wenn sie auch nach Römischem Recht verworfen werden müsse, sey doch durch allgemeines Gewohnheitsrecht in Deutschland herrschend geworden. Allerdings ist sie in manchen Gerichten, wie in dem höchsten Gericht für Kurhessen, stets angewendet worden (bb), in anderen aber, wie in dem höchsten Gericht für Hannover, wurde sie eben so entschieden verworfen (cc), und damit ist jene Allgemeinheit vollständig widerlegt. Aber selbst das kann nicht zugegeben werden, daß diese unrichtige Lehre wenigstens in den Län-

(bb) Pfeiffer S. 116.
(cc) Pufendorf observ. I. 32 § 20.

dern, deren höchste Gerichte sie befolgt haben, die Natur eines particulären Gewohnheitsrechts angenommen habe (dd). Denn die Gerichte haben jene Lehre keineswegs als ein Stück des besonderen Landesrechts zur Anwendung gebracht, sondern lediglich als ein Stück des Römischen Rechts, indem sie sich auf Stellen der Digesten, und auf die Autorität gemeinrechtlicher Schriftsteller gegründet haben. Auch ist hier keineswegs ein Fall vorhanden, worin für ein wahrhaft empfundenes praktisches Bedürfniß blos zum Schein eine Rechtfertigung aus dem Römischen Recht gesucht worden wäre, da gerade für das praktische Bedürfniß durch jede bestimmte Verjährungszeit weit besser gesorgt wird, als durch die unvordenkliche Zeit. Es ist also hier vielmehr ein solcher Fall vorhanden, worin selbst jene Gerichte, wenn sie sich von dem bisher gehegten theoretischen Irrthum überzeugen, denselben aufzugeben, und den entgegen gesetzten Grundsatz für die Zukunft anzuwenden haben (§ 20).

§. 198.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Neueres Recht.

Im canonischen Recht finden sich folgende zwey merkwürdige Anwendungen der unvordenklichen Zeit.

Ein päbstlicher Legat hatte dem Grafen von Toulouse die Ausübung gewisser nutzbarer Regalien (pedagia, gui-

(dd) So wird es aufgefaßt von Pfeiffer S. 114.

dagia, salinaria) unterſagt. Auf Anfrage des Grafen erklärt P. Innocenz III. das Verbot dahin, daß es ſich nur auf willkührliche, nicht auf rechtmäßige Abgaben dieſer Art beziehe. Rechtmäßig aber ſeyen diejenigen, deren Erhebung ſich auf Verleihungen der Kaiſer, Könige, oder der Lateraniſchen Kirchenverſammlung gründen; außerdem aber auch

vel ex antiqua consuetudine, *a tempore cujus non extat memoria,* introducta (a).

Dieſer Ausſpruch iſt ganz dem Sinn des Römiſchen Rechts gemäß. Solche publiciſtiſche Rechte ſind an ſich nicht Gegenſtände der Uſucapion, aber der unvordenkliche Beſitz kann hier die Stelle der Uſucapion erſetzen.

Die zweyte Stelle (b) ſpricht von einem Biſchoff, welcher in den Gränzen eines fremden biſchöfflichen Sprengels Kirchen und Zehenten in Anſpruch nahm, und geht dabey von folgender Anſicht aus. Gegen eine Privatperſon werde uſucapirt, mit Titel in 3, 10, 20 Jahren, ohne Titel in 30 Jahren. Da aber Kirchen im allgemeinen auf 40 Jahre für jede Verjährung privilegirt ſind, ſo ſey bey der gewöhnlichen Uſucapion gegen Kirchen lediglich bona fides erforderlich, das Daſeyn des Titels aber gleichgültig, weil mit und ohne Titel dieſe Uſucapion ſtets in 40 Jahren

(a) *C.* 26 *X. de V. S.* (5. 40) vom J. 1209.

(b) *C.* 1 *de praescriptionibus in VI.* (2. 13) vom J. 1298. — Man hat auch noch eine dritte Stelle angeführt, *C.* 1 *de consuet. in VI.* (1. 4.) (Schelling S. 54.). Dieſe ſpricht aber gar nicht von der unvordenklichen Zeit, ſondern von Gewohnheitsrecht.

vollendet wird. Im vorliegenden Fall aber stehe es deswegen anders, weil das behauptete Recht eine Ausnahme von der Kirchenverfassung (jus commune), nämlich von der in dieser gegründeten Diöcesanbegränzung, enthalten würde. In allen Fällen aber, worin ein durch Verjährung gegen eine Kirche zu begründendes Recht das jus commune oder eine Präsumtion gegen sich habe, sey noch neben den 40 Jahren ein Titel erforderlich, und der Mangel desselben könne nur durch unvordenkliche Zeit ersetzt werden.

Ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur praesumtio contra ipsum (c), bona fides non sufficit; sed est necessarius titulus, qui possessori caus-

(c) Wörtlich heißt das so viel, daß in zwey verschiedenen Fällen der Titel erfordert werde: 1) gegen jus commune, 2) gegen eine Präsumtion. Natürlicher aber ist es wohl, das vel nicht disjunctiv, sondern erklärend zu verstehen, so daß die Erwähnung der Präsumtion nur das jus commune in anderen Worten wiederholt, und zugleich den Grund ausdrückt, weshalb die Abweichung vom jus commune hierin einen Unterschied macht. Für diese Erklärung spricht die unmittelbar vorhergehende umgekehrte Construction: Nam licet ei .. si sibi non est contrarium jus commune, vel contra eum praesumtio non habeatur, sufficiat bona fides; denn wenn man dieses streng wörtlich nimmt, so ist der Besitzer in jedem einzelnen der zwey bezeichneten Fälle frey vom Beweise des Titels; dann aber würde der Satz dem oben im Text abgedruckten widersprechen. Dieser Widerspruch wird beseitigt, wenn man vel für sive oder id est nimmt. — Wie man aber auch hierin erklären wolle, so ist es in jedem Fall verwerflich, aus dieser Stelle die Nothwendigkeit des unvordenklichen Besitzes für alle Servituten abzuleiten, weil diese die Präsumtion gegen sich hätten (Schelling S. 18). Der Ausdruck einer Präsumtion (pro libertate) paßt auf dieses Verhältniß gar nicht, und das canonische Recht hat daran gewiß nicht gedacht.

sam tribuat praescribendi: nisi tanti temporis allegetur praescriptio (d), *cujus contrarii memoria non existat.*

Diese letzte Stelle hat darin den Gesichtspunkt des Römischen Rechts festgehalten, daß sie die unvordenkliche Zeit lediglich erfordert, wo ein publicistisches Hinderniß des behaupteten Rechts aus dem Wege zu räumen ist; darin aber weicht sie ab, daß sie den unvordenklichen Besitz bey einem und demselben Gegenstand mit der Usucapion zuläßt, deren fehlende Bedingungen durch ihn ersetzt werden sollen. Wäre die Ansicht des Römischen Rechts völlig festgehalten worden, so hätte in allen Fällen der Zehenten in fremden Diöcesen der unvordenkliche Besitz gefordert werden müssen, ohne Unterschied des vorhandenen oder nicht vorhandenen Titels. Die Abweichung liegt also nicht sowohl in der Zulassung der unvordenklichen Zeit, als vielmehr in dem zugelassenen 40jährigen Besitz unter Voraussetzung eines Titels. Man kann daher auch nicht sagen (worauf hier das Meiste ankommt), daß das canonische Recht für die unvordenkliche Zeit überhaupt einen ganz

(d) Unterholzner § 143 läßt abdrucken probatio anstatt praescriptio, wahrscheinlich in Folge eines bloßen Schreibfehlers. Schelling S. 3. 52 nennt die Lesart praescriptio neueres Machwerk, probatio die ältere und richtige Lesart. Ich wünschte, er hätte seine Quellen angegeben, nach meiner Untersuchung kommt nur praescriptio vor. So in zwey Handschriften (Berliner Bibliothek und meine Sammlung), ferner in der Glosse *memoria* des Johannes Andreä, endlich in den Ausgaben von 1473. 1477. 1479. 1482. Auch der innere Zusammenhang der Stelle deutet auf praescriptio.

neuen, vom Römischen Recht abweichenden, Gesichtspunkt aufgestellt habe.

In den Reichsgesetzen wird die unvordenkliche Zeit mehrmals erwähnt, und zwar stets als ein Erwerbungsgrund publicistischer Rechte. So kommt sie vor in der goldnen Bulle, neben den von früheren Kaisern und Königen ertheilten Privilegien, um die Immunität der Böhmischen Unterthanen von allen nicht Böhmischen Gerichten zu begründen (e).

Der Reichsabschied von 1548 schützt die Reichsstände im Besitz der Freyheit von Reichssteuern, es möchte ihnen denn bewiesen werden können, daß sie seit Menschen Gedenken wenigstens einmal solche Steuern gezahlt hätten (f). Dieselbe Bestimmung wird in einem späteren Reichsgesetz wiederholt (g).

Fassen wir diese Bestimmungen neuerer Gesetzgebungen mit denen des Römischen Rechts zusammen, so ergiebt sich für die Anwendung der unvordenklichen Zeit folgender Grundsatz:

(e) Aurea Bulla Cap. 8 § 1 „a tempore cujus contrarii hodie non existit memoria." — Deutscher Text: „von der zit, da wedir hut dis dagis kein gedenckin ist."

(f) R. A. 1548 § 56 „und dagegen wider ihn nicht darbracht werden möcht, daß er je in Menschen Gedächtnüß ... contribuiret, oder ein Anschlag gereicht und bezahlt habe." Eben so im § 59 und § 64: „innerhalb Menschen Gedencken."

(g) Reichsabschied von 1576 § 105.

Sie wird in allen, und nur in ſolchen, Fällen erfordert, wo durch Zeit entweder ein Recht von publiciſtiſchem Character, oder die Befreyung Einzelner von einem Recht dieſer Art, erworben werden ſoll.

Es erklärt ſich aus dieſem Grundſatz, warum das erwähnte Inſtitut im Römiſchen Recht eine ſehr untergeordnete Stellung einnimmt, vom Mittelalter her aber zu einer wichtigen und häufigen Anwendung gelangt iſt. Denn ſeit dieſer Zeit findet ſich oft eine Vermiſchung des Privatrechts mit dem öffentlichen, durch Übergang publiciſtiſcher Rechte in den Privatbeſitz; vorzüglich auch in Communalverhältniſſen kommen ſolche Fälle häufig vor. — Im Römiſchen Recht fanden ſich zwey Fälle, worin die unvordenkliche Zeit ohne allen Privatbeſitz wirkſam iſt (§ 196); dagegen iſt ihre Wirkſamkeit in einem dritten Fall des Römiſchen Rechts (§ 197), ſo wie in den weit wichtigeren Fällen des neueren Rechts (§ 198), allerdings an das Daſeyn eines ſolchen Beſitzes geknüpft. Daher können wir für die Anwendung des Inſtituts im heutigen Recht das Daſeyn eines eigentlichen Beſitzes als erſte Bedingung annehmen. Da jedoch die oben erwähnten Fälle des Römiſchen Rechts, denen kein Beſitz zum Grund liegt, nicht abzuläugnen ſind, ſo hat mich dieſes beſtimmt, den Ausdruck des unvordenklichen *Beſitzes*, als allgemeiner Bezeichnung dieſes Inſtituts, zu verwerfen.

Mit dieſen Anſichten hat denn auch von jeher großentheils die Praxis übereingeſtimmt, obgleich darin Niemand

eine streng durchgeführte Gleichheit erwarten wird (h). Die größte Abweichung von der richtigen Auffassung bestand in der sehr häufigen Anwendung der unvordenklichen Zeit auf die Servituten (§ 197).

Was den inneren Werth dieses Rechtsinstituts betrifft, so haben sich von alter Zeit her praktische Schriftsteller bestimmt, und zum Theil in den stärksten Ausdrücken, dagegen ausgesprochen (i). Dagegen hat dasselbe neuerlich einen sehr warmen Vertheidiger gefunden, der es überaus hoch gestellt hat (k). Vielleicht lassen sich diese streitende Meynungen auf folgende Weise vereinigen. Im öffentlichen Recht ist die unvordenkliche Zeit durchaus nicht zu entbehren (§ 195), und es ist ganz gleichgültig, wie wir Juristen darüber urtheilen, sie wird sich unfehlbar Bahn brechen, so oft eine Veranlassung dazu erscheint. Auch im Privatrecht würde sie sich geltend machen, wenn nicht überall durch bestimmte und kurze Verjährungen aller Art für dieselben Zwecke im positiven Recht auf weit heilsamere Weise gesorgt wäre. Denn wer die unvordenkliche Zeit aus Erfahrung kennt, sey es durch eigene, persönliche Rechtsverhältnisse, oder durch richterliche Geschäfte, wird wohl darüber schwerlich im Zweifel seyn können, daß ihr jede Verjährung von bestimmter Zeit weit vorzu-

(h) Viele Fälle der Anwendung, vom zwölften Jahrhundert her, sind zusammen gestellt bey Kress p. 58—61.

(i) Ludewig opuscula miscella T. 1 p. 508—511. Neller p. 117. Besonders aber die bey Schelling S. 103 abgedruckte heftige Stelle aus einer Dissertation von Senckenberg.

(k) Göschel zerstreute Blätter Th. 1 S. 373—378.

ziehen ist; ja es wird aus der nachfolgenden praktischen Darstellung einleuchtend werden, daß sie in der Anwendung von einer großen Willkührlichkeit und Unsicherheit nicht frey zu halten ist. Wer sie also für heilsam, oder gar für unentbehrlich erklärt, kann Dieses wohl nur thun in Vergleichung mit einem Zustand, der ganz ohne Verjährung wäre; ein solcher aber kommt in unsrem Privatrecht nicht vor.

Diese Ansicht hat denn auch in dem Verfahren neuerer Gesetzgeber ihre Bestätigung gefunden. Das Französische Gesetzbuch hat die unvordenkliche Verjährung ganz abgeschafft, indem es diejenigen Servituten, worin sie durch die frühere Praxis angewendet wurde, für ganz unverjährbar erklärt (l). Auch das Preußische Gesetz hat sie nicht in sich aufgenommen. Dasselbe hat aber in einigen Fällen, worin sie nach gemeinem Recht gelten würde, mit augenscheinlicher Rücksicht auf sie, Verjährungen von bestimmter, nur ungewöhnlich langer Zeit vorgeschrieben. So soll der Besitz der Steuerfreyheit nach 50 Jahren die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbs erzeugen (m). Eben so der Besitz des Adels, wenn derselbe entweder im Jahr 1740 bestanden, oder durch einen Zeitraum von 44 Jahren fortgedauert hat (n).

(l) Code civil art. 691.
(m) A. L. R. I. 9 § 655—659.
(n) A. L. R. II. 9 § 18. 19.

§. 199.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Anwendung.

Nachdem auf historischem Wege für dieses Rechtsinstitut eine Grundlage gefunden worden ist, soll nunmehr dessen praktische Natur im Einzelnen dargestellt werden. Dazu ist es nöthig, zwey Stücke genau zu bestimmen: Erstlich die Fälle der Anwendung, zweytens die Art der Anwendung.

Über die Fälle der Anwendung müssen wir nach dem aufgestellten Grundsatz (§ 198) behaupten, daß die unvordenkliche Zeit in rein privatrechtlichen Verhältnissen niemals zur Anwendung kommt. Also namentlich nicht bey Servituten, wobey sie durch die weit leichtere zehenjährige Ersitzung überflüssig wird. — Aber auch nicht bey dem Pfandrecht und den Obligationen, worin sie allerdings nicht überflüssig seyn würde, da in denselben eine Ersitzung überhaupt nicht vorkommt, aber auch nicht als Bedürfniß anerkannt werden kann. Es ist daher bey diesen Rechtsinstituten die Zeit lediglich vermittelst der Klagverjährung wirksam' und die unvordenkliche Zeit greift nicht ergänzend ein. — Bey den zahlreichen und wichtigen Reallasten des Germanischen Rechts ist folgender Unterschied zu beobachten. Diejenigen, welche als bloße Modificationen des Grundeigenthums zu betrachten sind, werden, so wie die Römischen Servituten, durch Ersitzung von 10 und 20 Jahren erworben, und bedürfen der unvordenklichen Zeit

nicht. Dagegen sind die, welche auf einem Subjectionsverhältniß beruhen (welches stets dem öffentlichen Recht angehört) nur durch unvordenklichen Besitz zu erwerben (a).

Es beschränkt sich also die Anwendung der unvordenklichen Zeit auf den Privatbesitz solcher Rechte, die einen publicistischen Character an sich tragen. Hier aber ist sie auch allgemein anzuwenden, vorausgesetzt daß solche Rechte, nach der besonderen Verfassung gerade dieses Staates, durch einen Rechtstitel (Vertrag oder Privilegium) erworben werden können. Wo dieses überhaupt möglich ist, da ersetzt der unvordenkliche Besitz den im einzelnen Fall unerweislichen Titel; außerdem bleibt auch ein solcher Besitz ganz ohne Wirkung (b).

Schon oben wurde anerkannt, daß die unvordenkliche Verjährung nur als Surrogat der (auf bestimmte Zeit angewiesenen) Ersitzung vorkommen könne, und es wurde dabey in Frage gestellt, ob sie ein Surrogat für fehlende Bedingungen der Ersitzung, oder aber für die zur Ersitzung ungeeignete Natur des Gegenstandes seyn solle (§ 195). Diese Frage können wir jetzt dahin beantworten, daß es nicht der Mangel der Bedingungen, sondern die Natur des Gegenstandes ist, was die Anwendung der unvordenklichen Zeit herbeyführt. Man kann daher als Regel annehmen, daß es durch die Natur der Gegenstände bestimmt werde, ob nur die gewöhnliche Ersitzung allein, oder nur die un-

(a) Eichhorn deutsches Privatrecht § 163. 164.

(b) Neller p. 70. Pfeiffer § 21. 22. 23.

vordenkliche Zeit allein, zur Anwendung komme, so daß nicht bey einem und demselben Gegenstand beide Institute (das eine als Surrogat des andern) angewendet werden. Von diesem letzten Satz giebt es eine einzige Ausnahme im canonischen Recht, wenn gegen eine Kirche ein Recht durch Zeitlauf erworben werden soll im Widerspruch mit den Regeln der Kirchenverfassung: in diesem Fall soll, wenn ein Titel vorhanden ist, die gewöhnliche Ersitzung, wenn ein solcher fehlt, die unvordenkliche Zeit als Surrogat in Anwendung kommen (§ 198).

Man hat insbesondere die Frage aufgeworfen, ob eine sogenannte res merae facultatis durch unvordenkliche Zeit erworben werden könne. Diese Frage muß nach den hier aufgestellten Regeln schon deswegen verneint werden, weil dabey rein privatrechtliche Verhältnisse zum Grund liegen. So ist es, wenn ein gewöhnliches Pachtverhältniß durch mehrere Geschlechter stillschweigend verlängert wird, und nun der Pächter dem Eigenthümer das Recht der Kündigung wegen unvordenklicher Verjährung bestreitet. Eben so, wenn über Menschengedenken die Einwohner eines Dorfes ihre Bedürfnisse von einem benachbarten Handelshaus, dessen Firma unverändert geblieben ist, ununterbrochen gekauft haben, und nun verhindert werden sollen, von einem andern Handelsmann zu kaufen. — Es kommt aber in diesen Fällen noch ein weit entscheidenderer Grund hinzu, welcher die Wirkung der unvordenklichen Zeit selbst dann ausschließen würde, wenn diese auf Verhältnisse des

reinen Privatrechts anwendbar wäre. In allen Fällen dieser Art müßte Derjenige, welcher die unvordenkliche Zeit geltend machen wollte, einen Besitz während derselben behaupten (§ 198), das heißt einen Zustand, worin der Genuß gewisser Vortheile nicht ein blos zufälliger und willkührlicher Genuß war, sondern als Ausübung eines Rechts erschien. Da nun diese Grundbedingung in allen oben erwähnten Fällen durchaus fehlt, so kann von einer Wirkung der unvordenklichen Zeit nicht die Rede seyn (c). Eine ganz ähnliche Entscheidung des Römischen Rechts setzt diese Behauptung außer Zweifel. Das Interdict de itinere hat Derjenige, welcher im letzten Jahr an 30 verschiedenen Tagen den Weg gebraucht hat. Es wird aber hinzugesetzt, daß er nicht blos zufällig den Weg gebraucht haben müsse, sondern so daß der Gebrauch als Ausübung eines Rechts anzusehen war, da der blos factische Gebrauch das Interdict nicht begründe (d). Derselbe Unterschied ist es, der in den oben angeführten Fällen die Anwendung der unvordenklichen Zeit ausschließt. — Liegt nun also der Grund dieser Ausschließung in der Natur der unvordenklichen Zeit selbst, so ist es irrig, wenn manche Schriftsteller hierin eine ganz positive Ausnahme sehen wollen, so daß eigentlich auch die res merae facultatis

(c) Pufendorf I. 151 § 9. Thibaut S. 184. 185. Pfeiffer § 3. 4.

(d) *L.* 1 § 6 *de itin.* (43. 19.). *L.* 7 *eod.* „Si .. commeavit aliquis, non tamen *tamquam id suo jure faceret*, sed si prohiberetur non facturus: inutile est ei interdictum .. nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi possedisse* oportet."

der unvordenklichen Zeit, der sie eine unbeschränkte Anwendung zuschreiben, unterworfen seyn müßten.

Die Art der Anwendung wird bestimmt durch eine genauere Zergliederung des oben (§ 195) vorläufig angegebenen Begriffs der unvordenklichen Zeit. Dieselbe beruht auf dem Bewußtseyn von zwey Menschenaltern; die Jetztlebenden sollen wissen, daß der gegenwärtige Zustand, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat: es soll ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegen gesetzten Zustandes mitgetheilt worden seyn. Dadurch erhält die Thatsache der unvordenklichen Zeit zwey Theile, einen positiven und einen negativen. Auf beide Theile muß der Beweis gerichtet werden, und für jeden Theil ist die Entkräftung durch Gegenbeweis zulässig (e). So hat sich die Sache in der neueren Praxis vollständig ausgebildet; allein die Grundlage derselben bilden folgende zwey Stellen des Römischen Rechts, beide von der actio aquae pluviae handelnd.

L. 2 § 8 *de aqua pluv.* (39. 3.). (Paulus.)

Idem Labeo ait, cum quaeritur an memoria exstet facto opere ... sufficere .. si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam *si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.*

Hier ist Beweis und Gegenbeweis nicht genau unter-

(e) Pfeiffer § 5. 6. 9.

schieden, worauf es auch weniger ankommt, wohl aber sind die entscheidenden Thatsachen genau bezeichnet. Die unvordenkliche Zeit ist widerlegt, wenn ein Jetztlebender entweder selbst die Entstehung der Anstalt (durch Privatwillkühr) wahrgenommen, oder wenn er diese Entstehung von dem, der sie erlebte, selbst vernommen hat. — Deutlich ausgedrückt sind hier die zwey Generationen; wer nicht eigene Erfahrung bezeugen kann, soll wenigstens Den, der eine solche hatte, selbst gesprochen haben, so daß es nicht genügt, wenn der Ältere unter diesen Beiden blos Das erzählte, was ihm wiederum seine Vorfahren mitgetheilt hatten.

L. 28 *de probat.* (22. 3.) (f).

....(g) sed cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent (h): *et hoc infinite similiter sursum versum accidit:* tum memoriam operis facti non exstare (i).

(f) Labeo lib. VII. Pithanon a Paulo Epitomatorum. Diese Überschrift ist deswegen nicht ganz unwichtig, weil dadurch beide Stellen auf dieselben Urheber (Paulus aus Labeo) zurückgeführt werden. Dadurch wird es besonders nöthig, beide Stellen als übereinstimmend, nicht als widersprechend, anzusehen.

(g) Die größere erste Hälfte der Stelle ist verworren, und wohl theilweise corrupt. Vieles Material darüber findet sich bey Glück B. 21 S. 405—422. Die eigentliche Entscheidung ist in den hier abgedruckten Worten enthalten.

(h) Das audisse geht hier, wie in dem vorhergehenden Satz, nicht auf eine, die Vergangenheit betreffende, Erzählung, sondern auf ein gleichzeitiges, selbsterlebtes Ereigniß, das der Zeuge nur nicht mit eigenen Augen sah, sondern aus sicherer Erzählung vernahm.

(i) Die Florentina und Vulgata lesen, ohne guten Sinn:

Dieſe Stelle ſtimmt mit der vorhergehenden völlig überein bis auf die Worte et hoc .. accidit, nach welchen man annehmen könnte, die unvordenkliche Zeit könne durch jede, wenngleich von den entfernteſten Vorfahren herrührende, bis jetzt fortgepflanzte, Tradition widerlegt werden. Davon wird noch bey dem Gegenbeweis die Rede ſeyn (§ 201).

§. 200.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Anwendung. (Fortſetzung.)

Die aufgeſtellten Regeln über die Art der Anwendung ſind nunmehr ſowohl bey dem Beweis, als bey dem Gegenbeweis durchzuführen, und dieſes wird am Anſchaulichſten nach der Ordnung der einzelnen Beweismittel geſchehen.

Als häufigſtes und angemeſſenſtes Beweismittel werden Zeugen angewendet, deren Ausſage ſich ſowohl auf ihre eigene Erinnerung, als auf die Vergangenheit beziehen muß.

Aus eigener Erinnerung müſſen ſie bezeugen, daß der

cum memoria operis facti non exstaret. Die hier aufgenommene Leſeart, wodurch der Satz zum entſcheidenden Nachſatz wird, und erſt einen befriedigenden Zuſammenhang in den letzten Theil der Stelle bringt, gründet ſich auf ed. Paris. Chevallon 1528 fol., in welcher Ausgabe Handſchriften benutzt ſind. Minder erheblich ſind vorher die Varianten accidet, accideret, acciderit. Die hier vorgezogene Leſeart ſcheint mir durch den Parallelismus mit dem vorhergehenden haec *est* opinio nothwendig.

gegenwärtige Zustand seit einem Menschenalter stets vorhanden gewesen ist, und darin besteht eben der positive Gegenstand des Beweises (§ 199). Über den Umfang der Zeit, die hier als Menschenalter gedacht wird, und welche die Zeugen mit ihrer Aussage umfassen müssen, sind die Meynungen getheilt. Die richtige Meynung geht auf eine Zeit von wenigstens 40 Jahren (a). Dafür spricht erstlich die Stelle des canonischen Rechts, welche neben einem Titel 40 Jahre, in Ermanglung desselben die unvordenkliche Zeit, fordert (b); weniger als 40 Jahre darf diese also nicht betragen, das Mehr liegt in dem hinzutretenden negativen Theil des Beweises. Zweytens sprechen dafür die Stellen des Römischen Rechts, worin vetustas für 40 Jahre genommen wird (§ 196. p), indem dadurch diese Stellen mit denen, worin vetustas die unvordenkliche Zeit bezeichnet, in Zusammenhang gebracht werden. Die Praxis der Sächsischen Gerichte erfordert eine Sächsische Frist, also 31 Jahre, 6 Monate und 3 Tage (c). Dieses ist zu verwerfen, weil es weniger beträgt als die im canonischen Recht ausgesprochenen 40 Jahre. Nach einer anderen Meynung soll die Zeit verschieden seyn, und nur für jeden einzelnen Fall mehr betragen, als in demselben Fall die ordentliche Verjährung betragen würde, also in gewöhnlichen Fällen mehr als 30 Jahre, gegen

(a) Neller p. 96—100.
(b) *C.* 1 *de praescr. in* VI. C. 62. (s. o. § 198).
(c) Kind observ. forenses T. 3

eine Kirche über 40, gegen den Pabſt mehr als 100 Jahre (d). Durch dieſe Meynung wird allerdings der Einwurf aus der Stelle des canoniſchen Rechts (Note b) beſeitigt, indem dieſe nun mehr als 40 Jahre nur deswegen fordern würde, weil gerade von der Verjährung gegen eine Kirche die Rede iſt, die eben in der Regel 40 Jahre beträgt. Dennoch iſt dieſe Meynung zu verwerfen: erſtlich weil die unvordenkliche Zeit meiſt auf ſolche Rechtsverhältniſſe geht, welche gar keine ordentliche Verjährung haben (§ 199), ſo daß deren Zeit auch nicht zum Maaßſtab dienen kann; zweytens weil die zur Bezeichnung der unvordenklichen Zeit in den Rechtsquellen gebrauchte Ausdrücke (vetustas und quod memoriam excedit) nicht auf etwas Relatives, je nach der Verjährungszeit einzelner Rechte Verſchiedenes, ſondern auf etwas Abſolutes, nur durch menſchliche Erinnerung Begränztes, gehen; drittens weil nun gegen die Römiſche Kirche mehr als 100 Jahre nöthig ſeyn würden, da doch zwey Menſchenalter durch die beſtimmte Zeit von 100 Jahren ſchon völlig abſorbirt werden.

Mit dieſer Länge des Zeitraums hängt nun ferner das nöthige Alter der zu einem ſolchen Beweis tauglichen Zeugen zuſammen. Nach einer ſehr verbreiteten Meynung werden 54 Jahre erfordert, indem vor der Pubertät kein ſicheres Bewußtſeyn möglich ſeyn ſoll, ſo daß nach Abrechnung der 14 bewußtloſen Lebensjahre noch 40 Jahre

(d) Unterholzner § 148. 150. Pfeiffer S. 22—24 S. 52.

sicherer Erinnerung übrig bleiben. Allein diese Voraussetzung ist ganz willkührlich und grundlos, damit zerfällt die Meynung selbst, und ein Alter von 50 Jahren ist für jeden Zeugen schon ganz hinreichend (e). Sehr häufig geschieht es, daß nicht alle Zeugen über den ganzen Zeitraum von 40 Jahren Etwas aussagen können, sondern verschiedene Theile des Zeitraums durch die Aussagen verschiedener Zeugen bewiesen werden; in solchen Fällen sind für die näher liegenden Theile des ganzen Zeitraums auch jüngere Zeugen tauglich (f).

Wenn die Aussage jedes Zeugen den ganzen Zeitraum umfaßt, so ist dafür, wie für jede andere Thatsache, die gewöhnliche Zahl von Zwey Zeugen hinreichend. Irrig haben Manche die Worte des Labeo: cum omnium haec est opinio (§ 199) so verstanden, als sey von einem allgemeinen Gerücht, von einer öffentlichen Meynung, die Rede, weshalb entweder viele Zeugen abgehört, oder die Zwey Zeugen über das Daseyn jenes Gerüchts befragt werden müßten. In der That aber geht das omnium nur auf die gerade vorgebrachte Zeugen, wie viele oder wenige es seyn mögen, und die zu beweisende Thatsache ist lediglich der fortdauernde Besitzstand, ohne Rücksicht auf das Daseyn einer öffentlichen Meynung (g).

Außerdem müssen die Zeugen über das vorhergehende Menschenalter die blos negative Aussage thun, daß sie

(e) Pufendorf I. 151 § 4. 5. 6. Pfeiffer § 13.
(f) Pfeiffer § 9.
(g) Pfeiffer S. 47. 54.

von ihren Vorfahren nicht eine entgegengesetzte Wahrnehmung derselben gehört haben. Irrig haben Manche geglaubt, dieses gehöre blos zum möglichen Gegenbeweis (h); wenn überhaupt Zeugen vorgebracht werden, so sind diese auch schon vom Beweisführer selbst bestimmt über diesen negativen Punkt zu befragen, damit der Beweis als vollständig gelten könne (i). Noch irriger aber ist es, wenn Andere auch über diesen entfernteren Zeitraum die positive Aussage verlangen, daß die Zeugen auch schon von ihren Vorfahren das Daseyn des streitigen Zustandes in der früheren Zeit erfahren haben (k), woraus dann fernere Fragen über die Anzahl und Beschaffenheit jener verstorbenen Zeugen entstehen müßten, die nach der hier vorgetragenen Meynung als völlig überflüssig erscheinen (l).

Eine Ergänzung des Zeugenbeweises kann darin enthalten seyn, daß in einem früheren possessorischen Rechtsstreit der Besitz anerkannt und geschützt worden ist. Nicht nur ist dieses Urtheil selbst entscheidend für den Besitz der damaligen und meist auch der nachfolgenden Zeit, sondern die demselben zum Grund liegenden Zeugenaussagen können, je nach ihrem Inhalt, für den vorhergehenden Zeitraum noch gegenwärtig benutzt werden (m).

Die Zulässigkeit von Urkunden zu diesem Beweise ist

(h) Pufendorf II. 51. Unterholzner § 150.
(i) Pfeiffer § 10.
(k) So Schelling S. 130 — 132.
(l) Die richtige Meynung vertheidigen Pufendorf I. 151 § 3. 7, und Pfeiffer § 11.
(m) Pfeiffer S. 53. 54.

sehr bestritten (n). Zur Ergänzung des Zeugenbeweises, wenn dieser für einzelne Theile des Zeitraums unvollständig geblieben ist, können sie sehr häufig gebraucht werden, indem sie sehr geeignet sind, den Besitz in einzelnen Zeitpunkten darzuthun. Seltner werden sie allein, als selbstständiges Beweismittel, tauglich seyn; dennoch können sie auch in dieser Gestalt vorkommen, wenn zum Beispiel aus sorgfältig geführten Heberegistern die Entrichtung einer gewissen Abgabe in bestimmtem Umfang für die Zeit von zwey Menschenaltern nachgewiesen wird. Der Consequenz wegen dürfte man dafür eine Zeit von 80 Jahren annehmen (o); für die entfernter liegenden Theile dieses Zeitraums würde nicht einmal der strenge Beweis ununterbrochener Leistung zu fordern seyn, da selbst lückenhafte Urkunden dieser Art mehr Überzeugung gewähren, als die blos negative Zeugenaussage über die entferntere Zeit.

Auch der Eid als Beweismittel ist sehr streitig (p). Daß er zur bloßen Ergänzung gebraucht werden kann, sowohl bey halbem Beweis, als für einzelne, durch den Zeugenbeweis nicht berührte Stücke der Zeit, ist nicht zu bezweifeln. Allein auch selbstständig kann der Eid darüber zugeschoben werden, daß der Gegner die ununterbrochene

(n) Für den Urkundenbeweis erklären sich Struben Bedenken IV. 1, und Pfeiffer § 14.

(o) Bey dem Zeugenbeweis kann von dem Umfang des entfernteren Menschenalters nicht die Rede seyn, weil darauf eine blos negative Aussage gerichtet wird, wofür keine Zeitgränzen nöthig sind.

(p) Für den Eid spricht Pufendorf Observ. II. 55. — Pfeiffer § 15 hält ihn für bedenklicher.

Fortdauer des gegenwärtigen Zuſtandes während der letzten zwey Menſchenalter weder wiſſe noch glaube. Der Beſitz während dieſes Zeitraums iſt eine reine Thatſache, kein Urtheil, alſo zur Eidesdelation wohl geeignet; allerdings aber iſt dieſes Beweismittel für den Beweisführer gefährlich, indem ein ſolcher Eid in den meiſten Fällen auch von einem gewiſſenhaften Gegner wird geleiſtet werden können.

Auch bey der Erſitzung kommt es vor, daß ein Beſitz durch mehrere Succeſſionen hindurch gegangen war, und dann iſt die Reihe dieſer Succeſſionen für den, welcher die Erſitzung geltend macht, ein beſonderer Gegenſtand des Beweiſes, wenn nicht der Gegner dieſelben freywillig einräumt. Die Nothwendigkeit dieſes Beweiſes tritt bey der unvordenklichen Zeit nicht blos häufiger ein als bey der Erſitzung, ſondern ſie kann hier (mit Ausnahme juriſtiſcher Perſonen) nie fehlen, da es nicht wohl denkbar iſt, daß der gegenwärtige Beſitzer ſeit zwey Menſchenaltern beſeſſen haben ſollte. In dieſer Beziehung kann man ſagen, daß auch der Beweis eines Rechtstitels bey der unvordenklichen Zeit vorkommen kann, während es der Natur derſelben widerſprechen würde, wenn man für den Urſprung des Beſitzes die Angabe und den Beweis eines Titels fordern wollte (q).

Der Gegenbeweis wird durch jede Widerlegung der Thatſache geführt, in welcher das Weſen der unvordenk-

(q) Pfeiffer § 8.

lichen Zeit besteht (r). Dieses geschieht durch den Beweis eines bestimmten Anfangs des Besitzes innerhalb der letzten zwey Menschenalter; eben so ferner durch den Beweis einer bestimmten Unterbrechung, die während dieser Zeit Statt gefunden hat (s); endlich auch durch jeden Beweis eines entgegengesetzten Zustandes, der in jener Zeit irgend einmal vorhanden gewesen ist. Die Beweismittel erregen hier weniger Zweifel als bey dem Hauptbeweise, da der Gegenbeweis meist auf einzelne, vorübergehende Handlungen gerichtet seyn wird. Es können also hier, wie in allen anderen Fällen eines Beweises, gebraucht werden: Zeugen (t), Urkunden, und Eid.

Mit Unrecht werden von Manchen auch folgende Thatsachen für den Gegenbeweis zugelassen:

1) Die bloße Störung des ruhigen Besitzes, die unter andern auch in einzelnen Handlungen des Mitbesitzes von Seiten einer fremden Person bestehen kann (u).

2) Die Anstellung einer Klage während jener Zeit. Ist der Rechtsstreit liegen geblieben, so stört er den Fortgang der unvordenklichen Zeit gar nicht; ist er noch jetzt

(r) Sehr befriedigend handelt von dem Gegenbeweis Pfeiffer §16—18.

(s) Es liegt mehr in den Worten, als in der Sache, wenn Wernher p. 753 eine interruptio nicht zugeben will, weil die unvordenkliche Zeit keine wahre Verjährung begründe. Zu bezweifeln ist es doch nicht, daß durch eine bewiesene Entsetzung aus dem Besitz die Thatsache der Fortdauer desselben während zweyer Menschenalter widerlegt ist.

(t) Pfeiffer S. 74, der mit Recht die Meynung von Neller p. 95 verwirft, nach welcher hier ein einziger Zeuge zum vollen Beweis hinreichen soll.

(u) Pfeiffer §5.

im Gange, ſo wird durch deſſen Anfang (gerade wie bey der Klagverjährung) nur der Zeitpunkt beſtimmt, von welchem an die zwey Menſchenalter aufwärts zu berechnen ſind (v).

3) Die mala fides, die hier in der That nicht vorkommen kann, ſo daß die im canoniſchen Recht allgemein ausgedrückte Vorſchrift ihrer Beachtung hier ohne Anwendung bleibt. Denn mala fides iſt das Bewußtſeyn eines wirklich vorhandenen Unrechts. Iſt nun die Unrechtmäßigkeit des Beſitzes erweislich, ſo muß deſſen Entſtehung bekannt ſeyn, in welchem Fall er nicht ein unvordenklicher ſeyn kann. Außerdem aber kann wohl aus Äußerungen des Beſitzers, der ſich über die Natur ſeines Beſitzes täuſcht, hervorgehen, daß er ihn für einen unrechtmäßigen hält; eine ſolche Meynung aber begründet die mala fides nicht (w).

Die zweifelhafteſte Frage iſt die, ob der Gegenbeweis auch auf die den zwey letzten Menſchenaltern vorhergehende Zeit gerichtet werden darf. Darauf wird eine befriedigende Antwort erſt möglich ſeyn, nachdem die eigenthümliche Wirkung der unvordenklichen Zeit feſtgeſtellt ſeyn wird.

§. 201.

VI. Die Zeit. 6. Unvordenkliche Zeit. Anwendung. (Fortſetzung.)

Beſtrittener als irgend eine andere Frage iſt in der

(v) Thibaut S. 186. Pfeiffer S. 24—26. Arndts S. 158.

(w) Thibaut S. 187. Pfeiffer § 7. — Unrichtig iſt die Meynung von Neller p. 109.

Lehre von der unvordenklichen Zeit ihr praktisches Wesen, die eigenthümliche Art ihrer Wirksamkeit. Hierüber haben sich folgende zwey Meynungen gebildet.

Nach Einigen ist sie eine wahre Verjährung, das heißt es entsteht durch ihren Ablauf, eben so wie bey der Usucapion und der Klagverjährung, eine wirkliche Veränderung des Rechtszustandes, eine Erweiterung des Vermögens durch ein neu erworbenes Recht (a).

Nach Anderen begründet sie blos die Vermuthung, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, nur in Vergessenheit gerathenen, Erwerbsgrund entstanden sey, so daß sie nicht gegenwärtig den Rechtszustand ändert, sondern blos den Beweis einer früheren Änderung darbietet (b).

Die Gründe für die erste Meynung bestehen darin, daß erstlich der allgemeine Verjährungsbegriff auf sie paßt (§ 178), zweytens das canonische Recht den Ausdruck praescriptio dabey gebraucht (§ 198). Allein jener allgemeine Verjährungsbegriff ist selbst grundlos und verwerflich, und der Ausdruck des canonischen Rechts, der unter dem Einfluß eines unächten Sprachgebrauchs gewählt worden ist, kann über die Natur des Rechtsinstituts Nichts beweisen.

Aus folgenden Gründen ist die zweyte Meynung als wahr anzunehmen. Das Römische Recht, in welchem die-

(a) Neller p. 114. 115. Unterholzner § 147. Pfeiffer § 2. 19.

(b) Wernher p. 746. Böhmer § 39. Thibaut S. 185. Arndts S. 139—142.

ses Institut seinen Ursprung hat, kann es nicht als eine Art von Ersitzung gedacht haben, da in mehreren Fällen seiner Anwendung weder ein Besitz zum Grund liegt, noch ein Privatrecht erworben, sondern nur ein öffentlicher Zustand als rechtmäßig gegründet festgestellt wird (§ 196). — Hätte man wirklich eine Art der Ersitzung in den Fällen einführen wollen, worin jetzt die unvordenkliche Zeit gilt, so wäre Nichts natürlicher gewesen, als eine bestimmte, nur hinreichend lange Zeit vorzuschreiben, etwa 100 Jahre, die man als Verjährungszeit im canonischen Recht ohnehin schon frühe angewendet hat. Daß man dieses nicht that, sondern eine Zeit von unbestimmter Dauer, also verschieden von allen bekannten Verjährungen, vorschrieb, zeigt deutlich, daß man zwar einen ähnlichen Vortheil wie durch Ersitzung erreichen wollte, nämlich die Feststellung schwankender Rechtsverhältnisse, aber auf einem ganz anderen Wege. — Endlich, wenn wirklich eine gegenwärtige Veränderung durch unvordenkliche Zeit bewirkt werden sollte, so müßte doch dafür irgend ein Zeitpunkt angegeben werden können; ein solcher ist aber hier gar nicht zu finden, man möchte denn etwa den Tod des letzten Zeugen, der den entgegen gesetzten Zustand gekannt hätte, als einen solchen Zeitpunkt ansehen wollen (c). — Das wahre Verhältniß zur Ersitzung ist also dieses. Die Ersitzung ist wirklich, ihrer Natur nach, dazu bestimmt, ein neues Recht zu begründen, obgleich sie in vielen Fällen auch wohl da-

(c) Arndts S. 140.

zu dienen kann, einen längst vollzogenen Erwerb, dessen Beweis nur verloren ist, gegen Anfechtung zu sichern. Umgekehrt soll die unvordenkliche Zeit, nach ihrer Natur, einen früher vollendeten Erwerb gegen Anfechtung sichern, obgleich sie in einzelnen Fällen durch ihre, allerdings nicht unfehlbare, Vermuthung auf ähnliche Weise wie durch eine Änderung des Rechtszustandes wirken kann. Wo sie auf diese Weise wirkt, hat sie weniger innere Verwandtschaft mit der Ersitzung, als mit dem rechtskräftigen Urtheil. Denn auch dieses ist dazu bestimmt, das wirklich vorhandene Recht nicht zu ändern, sondern gegen jede künftige Anfechtung zu sichern; dennoch bewirkt es in einzelnen Fällen (wenn ihm ein Irrthum des Richters zum Grund liegt,) eine wahre Änderung des Rechtszustandes (d).

Das praktische Interesse dieser Streitfrage ist nicht selten unrichtig aufgefaßt worden. Es besteht erstlich darin, daß ein neues Gesetz, welches für irgend ein Rechtsverhältniß alle Verjährung untersagt, auf die unvordenkliche Zeit, welche keine Verjährung ist, nicht bezogen werden darf (e). Indessen muß diese Regel doch mit Vorsicht angewendet werden. Denn da es sich in einem solchen Fall lediglich um die Auslegung des neuen Gesetzes handelt,

(d) Arndts S. 142. 143.

(e) Wernher p. 752. Böhmer § 43. — Auch Pfeiffer § 21 behauptet diesen Satz, wohl nicht ganz consequent, da er selbst die unvordenkliche Zeit als Verjährung ansieht (Note a). — Der art. 691 des Französischen Gesetzbuchs, welcher bey gewissen Servituten die Verjährung untersagt (§ 198 l), erwähnt dabey ausdrücklich den unvordenklichen Besitz, als gleichfalls unwirksam.

so kommt es nicht sowohl darauf an, ob die unvordenkliche Zeit in der That eine Verjährung ist, als ob dieser Gesetzgeber sie für eine Verjährung angesehen hat. — Zweytens folgt aus unsrer Ansicht, daß gegen den Ablauf der unvordenklichen Zeit keine Restitution möglich ist, da eine solche überhaupt nur gegen Änderungen des Rechtszustandes, nicht gegen bloße Vermuthungen, nachgesucht werden kann. Von Erheblichkeit ist indessen diese Folgerung nicht, da auch schon gegen wirkliche Klagverjährungen, wenn sie nur wenigstens 30 Jahre betragen, alle Restitution ausdrücklich untersagt ist (f). — Die wichtigste Folge liegt aber darin, daß gegen die unvordenkliche Zeit, als eine bloße Vermuthung, noch immer ein Beweis des Gegentheils zulässig ist, anstatt daß von einem solchen gegen die vollendete Ersitzung oder Klagverjährung niemals die Rede seyn kann. Dieser wichtige Satz muß jedoch genauer bestimmt werden, da er auf mancherley Weise misverstanden worden ist.

Es ist in diesem Satz nicht die Rede von dem schon oben (§ 200) erwähnten directen Gegenbeweis, darauf gerichtet, daß der streitige Besitz nicht in den beiden letzten Menschenaltern ununterbrochen vorhanden gewesen ist. Denn wenn dieser geführt wird, so ist der unvordenkliche Besitz gar nicht vorhanden, also auch nicht die durch ihn be-

(f) *L. 3 C. de praescr. XXX.* (7. 39). Aus diesem Grund verwirft auch Pfeiffer § 20 ganz consequent die Restitution gegen unvordenkliche Zeit.

dingte Vermuthung, also kann auch nicht davon die Rede seyn, dieser Vermuthung durch Beweis ihre gewöhnliche Kraft zu entziehen. Dieser Gegenbeweis ist auch gegen das behauptete Daseyn einer Tradition oder Usucapion zulässig, die doch gewiß wahre Rechtserwerbungen sind (g). — Noch weniger darf behauptet werden, daß dieser directe Gegenbeweis, wenn er jetzt mislang, und daher die unvordenkliche Zeit mit ihren Folgen rechtskräftig anerkannt wurde, künftig von Neuem versucht werden könnte, weil doch nur eine Vermuthung vorhanden sey. Durch diese Behauptung wird die selbstständige Wirksamkeit des rechtskräftigen Urtheils verkannt, bey welchem es nun ganz gleichgültig ist, ob es durch eine Vermuthung, durch einen wahren Beweis, oder selbst durch einen irrig angenommenen Beweis, veranlaßt worden war (h). — Der wahre Sinn jenes Satzes besteht aber darin, daß der Gegenbeweis die aus den zwey letzten Menschenaltern hervorgehende Vermuthung durch solche Thatsachen entkräften darf, die aus einer noch früheren Zeit hergenommen sind. Es fragt sich nun, worin diese ältere Thatsachen bestehen müssen, um zu dem erwähnten Zweck tauglich zu seyn (i).

Aus dem ununterbrochenen Zustand der zwey letzten Menschenalter wurde die Vermuthung hergenommen, daß

(g) Pfeiffer § 19. 20.

(h) Unterholzner § 147. Arndts S. 134.

(i) Hierüber sind zu vergleichen Wernher p. 747. Böhmer § 42. Kress p. 35 — 37. p. 114. 115. Neller p. 112—114. Unterholzner § 150. Pfeiffer S. 67—71. Arndts S. 160, die insgesammt, mehr oder weniger vollständig, die hier vorgetragene Lehre vertheidigen.

in irgend einer früheren unbekannten Zeit ein Rechtsgrund dieſes Zuſtandes eingetreten ſey. Dieſe Vermuthung kann nun zuvörderſt nicht durch den Beweis entkräftet werden, daß in irgend einem früheren Zeitpunkt das Gegentheil jenes Zuſtandes wirklich einmal Statt gefunden hat (alſo durch das bloße contrarium), da der vermuthete Rechtsgrund nach jenem Zeitpunkt eingetreten ſeyn kann, ſo daß deſſen Annahme mit jenem geführten Beweiſe gar nicht im Widerſpruch ſteht. Ganz entſcheidend für dieſe Behauptung iſt die oben angeführte Stelle des Römiſchen Rechts (§ 196. e), nach welcher Gemeindewege als öffentliche gelten, wenn ſie nur überhaupt als Wege über Menſchengedenken beſtanden haben, obgleich man weiß, daß der Boden derſelben in irgend einer älteren Zeit als Feld von den einzelnen Eigenthümern benutzt wurde (k), folglich damals nicht die Geſtalt eines Weges hatte. Leyſer führt zur Beſtätigung noch folgendes Beyſpiel an; da nach Tacitus unſre Vorfahren nur ausdrücklich bewilligte Steuern bezahlt hätten, ſo würde, wenn man das bloße contrarium als Widerlegung anſehen wollte, in Deutſchland niemals ein Steuerrecht durch unvordenkliche Verjährung erworben werden können, da durch Tacitus ſtets das frühere contrarium erwieſen ſey (l).

(k) *L.* 3 *pr. de locis* (43. 7) „.. quae *ex agris privatorum collatis* factae sunt." Man muß alſo wiſſen, daß der Weg, der es jetzt iſt, und ſeit Menſchengedenken war, früher einmal ager privatorum, alſo kein Weg, geweſen iſt.

(l) Leyser 460. 2.

Aber auch wenn man nicht blos das Gegentheil des jetzigen Zustandes, sondern dessen Entstehung in jener älteren Zeit beweist (das initium), so ist auch dieses an sich noch nicht hinreichend zur Widerlegung der aus der unvordenklichen Zeit entspringenden Vermuthung. Denn ist die bewiesene Entstehung eine rechtmäßige, so ist das Recht gewiß, selbst ohne unvordenkliche Zeit. Ist sie eine unrechtmäßige, so ist dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß nachher ein Rechtsgrund hinzugetreten sey, und eben auf dessen Annahme geht ja die in der unvordenklichen Zeit liegende Vermuthung. Dasselbe muß um so mehr gelten in den noch häufigeren Fällen, worin zwar die Entstehung bewiesen wird, aber so daß es dabey ungewiß bleibt, ob dieselbe rechtmäßig war oder nicht. — Daher wird ein solcher Beweis nur dann als Widerlegung der Vermuthung gelten können, wenn durch ihn nicht nur die unrechtmäßige Entstehung selbst gewiß ist, sondern auch deren fortgehender, ununterbrochener Causalzusammenhang mit dem in die zwey letzten Menschenalter fallenden Zustand. Es leuchtet von selbst ein, wie schwer ein solcher Beweis ist, und wie er um so schwerer werden muß, je entfernter der Zeitpunkt jener bewiesenen Entstehung in der Vorzeit liegt.

Als Beweismittel für einen solchen unrechtmäßigen Anfang werden besonders Urkunden gebraucht werden können; weniger brauchbar werden dazu Zeugen seyn. Daß diese nicht aus eigener Wahrnehmung eine so alte Thatsache

bezeugen können, iſt einleuchtend. Sie müßten alſo etwa ausſagen, daß ſie von ihren Vorfahren gehört hätten, dieſen ſey von ihren Vorfahren die unrechtmäßige Entſtehung mitgetheilt worden, das heißt es würde nun der Beweis durch bloße Tradition geführt. Dieſes ſcheint aber höchſt bedenklich, theils wegen der Unſicherheit einer ſolchen Tradition an ſich, theils weil durch ſie faſt niemals der oben erwähnte Cauſalzuſammenhang klar werden wird. Hier kommen wir nun zurück auf die oben (§ 199) ausgeſetzten Worte der *L.* 28 *de probat.* (22. 3)

et hoc infinite similiter sursum versum accidit

welche allerdings auf die Zuläſſigkeit einer ſolchen endloſen Tradition zu deuten ſcheinen. Dem Misbrauch, der davon gemacht werden könnte, wird nun allerdings ſchon dadurch geſteuert werden, wenn der Richter ſtrenge auf den erwähnten Cauſalzuſammenhang ſieht. Außerdem aber iſt zu bedenken, daß die angeführte Stelle blos auf die actio aquae pluviae geht, und zwar auf die in offenem Feld gemachte, der allgemeinen Wahrnehmung zugängliche, Anlage eines Dammes oder Grabens. Dabey wird eine ſolche Tradition leichter, als bey gewöhnlichen, auf zwey Perſonen beſchränkten, Beſitzverhältniſſen, ein ſicheres Reſultat geben können, und auf Fälle ſolcher Art iſt daher die in jener Stelle enthaltene Anweiſung zu beſchränken (m)

(m) So erklärt die Stelle auch Pfeiffer S. 75. 76.

§. 202.

Ungültigkeit der juristischen Thatsachen.

Es ist schon oben (§ 104) darauf hingewiesen worden, daß zuvörderst eine Übersicht der wichtigsten unter den juristischen Thatsachen gegeben, dann aber von den Hemmungen ihrer Wirksamkeit, oder von den Arten und Graden ihrer Ungültigkeit, gehandelt werden sollte. Die Betrachtung dieser negativen Seite der juristischen Thatsachen muß jedoch auf eine sehr allgemeine Angabe der dabey vorkommenden Rechtsformen beschränkt bleiben, indem Alles, was darüber hinausgehen möchte, nur in dem System der einzelnen Rechtsinstitute sein wahres Licht erhalten kann.

Bey der Ungültigkeit der juristischen Thatsachen sind Drey Gegensätze bemerkenswerth, deren genaue Unterscheidung um so nothwendiger ist, als sie bey neueren Schriftstellern auf mancherley Weise verwechselt zu werden pflegen. Die Ungültigkeit kann nämlich seyn:

1) vollständig, oder unvollständig;
2) entschieden, oder unentschieden;
3) gleichzeitig oder ungleichzeitig mit derjenigen Thatsache, die in ihrer Wirksamkeit gehemmt werden soll.

---

1) Vollständig nenne ich diejenige Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Thatsache selbst, worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleich steht. Der anerkannte

Kunstausdruck für diesen Fall ist Nichtigkeit. Was zur genaueren Bestimmung dieses Rechtsbegriffs zu sagen ist, wird erst bey dem folgenden Gegensatz deutlich gemacht werden können.

Die unvollständige Ungültigkeit ist ihrer Natur nach höchst mannichfaltig, da sie in den verschiedensten Arten und Graden der Gegenwirkung gegen eine juristische Thatsache denkbar ist. Sie kommt vor in Gestalt einer Klage (a), einer Exception (b), einer Obligation auf neue juristische Handlung von einem, der früheren Thatsache entgegengesetzten, Erfolg (c); ferner durch den Antrag auf Restitution, oder auf Bonorum possessio contra tabulas. Ich bezeichne diese höchst mannichfaltigen Fälle mit dem gemeinsamen Namen der Anfechtbarkeit eines Rechtsverhältnisses.

Anstatt daß die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses in der bloßen Verneinung desselben bestand, müssen wir in der

(a) So z. B. die actio quod metus caussa, Pauliana, u. s. w.

(b) Besonders ausgebildet erscheint dieses bey den Obligationen, welche bald ipso jure ungültig (nichtig) sind, bald per exceptionem; doch findet sich die Exception als Entkräftungsmittel auch bey anderen Rechten als Obligationen. Die umfassendste und wichtigste Exception dieser Art ist die doli exceptio.

(c) Wenn z. B. dem Ehemann eine Dos gegeben, nachher aber die Ehe getrennt wird, so hört der Grund auf, um dessen Willen allein er die Dos besaß, und die Aufgabe geht dahin, den früheren Zustand wieder herzustellen; dieses geschieht aber, nach dem älteren Recht, lediglich durch eine persönliche Klage auf Rückübertragung der empfangenen Dotalsachen. — Eben so, wenn ein früherer Verkäufer das pactum de retrovendendo geltend machen will. *L.* 2 *C. de pactis inter emt.* (4. 54.).

Anfechtbarkeit stets ein eigenes, neues, entgegenwirkendes Recht einer andern Person erkennen. Dieses entgegenwirkende Recht hat eine selbstständige Natur, und kann daher auch wieder von besonderen Schicksalen betroffen werden; es kann ganz oder theilweise entkräftet werden (d), wodurch dann wieder das ursprüngliche Recht, von dieser Hemmung befreyt, seine volle Wirksamkeit behauptet, welches im Fall der Nichtigkeit niemals vorkommen kann.

Die Römischen Juristen pflegen den Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit großer Sicherheit zu behandeln, und es werden selten Fälle vorkommen, worin die Anwendung des einen oder des andern Begriffs zweifelhaft bleiben möchte; selbst ihre Kunstausdrücke sind in den wichtigsten Anwendungen bestimmt und unzweydeutig, obgleich es auch nicht an einzelnen Fällen eines schwankenden Sprachgebrauchs fehlt (e).

---

2) Unentschieden oder ungewiß nenne ich diejenige Ungültigkeit, deren Eintritt von zukünftigen, ungewissen That-

(d) So z. B. die entgegen wirkende Klage durch Verjährung, die B. P. c. t. durch Ablauf ihrer Frist, die Exception durch eine entgegenstehende Replication.

(e) In *L.* 22 *quae in fraud.* (42. 8.) wird eine Veräußerung nullius momenti genannt, so daß man sie für nichtig halten könnte, da sie doch nur mit der Pauliana actio zurück gefordert werden kann. — Eben so drückt rescindere gewöhnlich die Nichtigkeit aus, und zwar diejenige, welche erst in der Folge eintritt (die ungleichzeitige). Nicht selten wird aber das Wort auch von anderen Fällen der Ungültigkeit gebraucht. Vgl. Brissonius v. rescindere. Bey Ulpian. tit. de legibus § 1. 2 bezeichnet es die anfängliche Nichtigkeit.

sachen abhängt, also entweder von zufälligen Ereignissen, oder von menschlicher Willkühr.

Wenn eine Suspensivbedingung vereitelt, oder eine resolutive erfüllt wird, so ist die vollständige Ungültigkeit, also die Nichtigkeit, des Rechtsgeschäfts die Folge eines zufälligen Ereignisses.

Menschliche Willkühr ist der Grund der Ungültigkeit in allen Fällen der bloßen Anfechtbarkeit. Denn eine Klage, Exception, Restitution u. s. w. entkräftet ein Rechtsverhältniß nur, wenn eine bestimmte, dazu berechtigte Person dieses will, und Etwas dazu thut; außerdem bleibt das ursprüngliche Rechtsverhältniß in seiner ungeschwächten Kraft. Manche nennen eine solche, von persönlicher Willkühr abhängige, Ungültigkeit, eine relative, im Gegensatz der absoluten, bey welcher diese Abhängigkeit nicht vorhanden seyn würde.

Es fragt sich aber, ob die Nichtigkeit eben so von menschlicher Willkühr abhängig seyn kann, oder (nach dem schon angegebenen Sprachgebrauch) ob es nicht nur eine absolute, sondern neben dieser, für andere Fälle, eine relative Nullität giebt; auch dieses muß behauptet werden, jedoch in ungleich geringerem Umfang, als es von neueren Schriftstellern angenommen zu werden pflegt. Da sich hieran oft nicht unbedeutende Misverständnisse anknüpfen, so ist es nöthig, genauer auf diese Frage einzugehen. — Nach einer sehr verbreiteten Auffassung soll nämlich in vielen und wichtigen Fällen Derjenige, welcher durch ein

nichtiges Rechtsgeschäft in Nachtheil kommen würde, dasselbe anzufechten und umzustoßen befugt seyn, und es wird für diesen Zweck eine eigene Klage, unter dem Namen der querela nullitatis, angegeben (f). In der That aber ist es weder nöthig, noch möglich, Dasjenige, was ohnehin nichtig ist, also nicht besteht, durch eine Klage erst umzustoßen. Juristisch betrachtet stehen folgende Fälle auf gleicher Linie: ein Testament, welches gar nicht von dem angeblichen Testator gemacht, sondern untergeschoben ist; das Testament eines Unmündigen; ein Testament vor Sechs Zeugen; ein Testament, worin ein Sohn in väterlicher Gewalt, oder ein Posthumus, präterirt ist. In allen diesen Fällen ist etwas Rechtsgültiges gar nicht vorhanden, eine Klage ist zur Wegräumung des leeren Scheins nicht nöthig, und auf den Willen und die Thätigkeit einer dadurch gefährdeten Person kommt Nichts an (g). — Indes-

(f) G. L. Mencken de actionibus Sect. 3 C. 2 membr. 2. Höpfner Commentar § 344. 525. 535. Thibaut § 302. 966—968 der 8ten Ausg.

(g) Unter den hier zusammen gestellten Fällen eines nichtigen Testaments ist es nur einer, der Fall der Präterition, welcher in neueren Zeiten die sehr verbreitete Ansicht veranlaßt hat, die durch den Ausdruck querela nullitatis bezeichnet wird. Man würde irren, wenn man für diese Ansicht eine Unterstützung suchen wollte in der milderen Meynung der Proculejaner Gajus II. § 123. Denn theils ist diese nachher allgemein verworfen worden (*L.* 7 *de lib.* 28. 2.), theils bezog sie sich auch nur auf den Fall des vor dem Testator verstorbenen Sohnes; starb er nach dem Testator, auch ohne geklagt zu haben, so war gar kein Streit. Für den letzten praktischen Erfolg freylich wurde der reine Begriff der Nichtigkeit in diesem Fall dadurch beseitigt, daß der Prätor die blos civile Nichtigkeit ganz ignorirte (Ulpian. XXVIII. 6); das ändert aber den Begriff

sen giebt es allerdings auch im Römischen Recht einige Fälle, worin die Nichtigkeit von der Willkühr einer bestimmten dabey betheiligten Person abhängt, so daß darauf der oben erwähnte Ausdruck einer relativen Nichtigkeit anwendbar ist. Wenn ein Unmündiger einen gegenseitigen Vertrag, z. B. einen Kauf, schließt, so hängt es von ihm, oder von dem ihn vertretenden Vormund, ab, ob der Vertrag durchaus gültig, oder durchaus nichtig seyn soll; der Wille des Gegners hat darauf keinen Einfluß (h). Wenn ein Gesellschafter den Societätsvertrag dem abwesenden andern Gesellschafter, entweder durch einen Brief, oder durch den Procurator dieses Andern, aufkündigt, so vergeht mehr oder weniger Zeit, ehe die ausgesprochene Erklärung dem Anderen bekannt wird; ob nun in dieser Zwischenzeit die Societät für durchaus gültig, oder durchaus nichtig, gehalten werden soll, hängt von der Willkühr des Anderen ab, der die Kündigung erst später erfahren hat (i). — Der Unterschied der hier aufgestellten Ansicht von der bey vielen Schriftstellern verbreiteten besteht also erstlich darin, daß die relative Nichtigkeit in weit wenigeren Fällen anzunehmen ist, als von diesen geschieht (k); zweytens

der Nichtigkeit selbst nicht. — Indessen war diese Anwendung der querela nullitatis bey neueren Schriftstellern, wenngleich die häufigste, doch keinesweges die einzige. Vgl. Höpfner § 341. Glück B. 33 S. 91.

(h) *L.* 13 § 29 *de act. emti* (19. 1.).

(i) *L.* 17 § 1 *L.* 65 § 8 *pro socio* (17. 2.).

(k) Namentlich kommt im Römischen Recht bey der Ehe niemals eine relative Nichtigkeit vor. Im heutigen Recht ist dieser Begriff freylich nicht wohl zu ent-

in der durchaus verwerflichen Annahme einer besonderen Klage, der querela nullitatis. Namentlich in den beiden hier angeführten Fällen wird stets die gewöhnliche Contractsklage ausreichen, und die Nichtigkeit wird blos als ein Grund in Betracht kommen, der auf den Erfolg einer solchen Klage Einfluß haben muß.

---

3) Endlich kann die Ungültigkeit bald schon ursprünglich vorhanden seyn, bald erst späterhin eintreten; im ersten Fall ist sie in ihrer Entstehung gleichzeitig mit der dadurch entkräfteten juristischen Thatsache, im zweyten Fall ungleichzeitig. Dieser Gegensatz fällt mit keinem der oben erklärten Gegensätze zusammen, vielmehr sind dabey die verschiedensten Combinationen denkbar.

Beyspiele ursprünglicher oder gleichzeitiger Nichtigkeit sind: das Testament, worin ein lebender Sohn in väterlicher Gewalt präterirt ist; der Vertrag, worin ein Unmündiger sich einseitig verpflichtet. — Ungleichzeitige Nichtigkeit tritt ein, wenn nach gemachtem Testament dem Testator ein Posthumus geboren, wenn die Urkunde des Testaments von ihm zerstört, wenn ein neues Testament gemacht wird; desgleichen bey jeder Obligation durch deren vollständige Erfüllung.

Gleichzeitige Anfechtbarkeit findet sich bey jedem durch

behren, und in dieser Anwendung ist auch gegen die Annahme einer Nichtigkeitsklage Nichts einzuwenden.

Zwang oder Betrug bewirkten Vertrag. — Ungleichzeitige bey jeder Obligation, welcher eine Klagverjährung, oder ein rechtskräftiges Urtheil entgegen getreten ist; desgleichen im älteren Recht bey einer durch bloßes Pactum aufgehobenen Stipulation.

Von den beiden oben angeführten Fällen relativer Nichtigkeit ist der erste (Versprechen des Unmündigen) gleichzeitig, der zweyte (Aufkündigung der Societät) ungleichzeitig.

Über die Gründe der ungleichzeitigen oder nachfolgenden Ungültigkeit kann hier nur eine allgemeine Übersicht gegeben werden, da alles tiefer Eindringende den einzelnen Rechtsverhältnissen vorbehalten bleiben muß. — Diese Art der Ungültigkeit kann ihren Grund haben schon in der juristischen Thatsache selbst, woraus das Rechtsverhältniß entstanden ist; namentlich bey einer Resolutivbedingung, welche nachher in Erfüllung geht. — Ferner in einer allgemeinen Rechtsregel, wohin die Klagverjährung gehört. — Ferner in einer richterlichen Handlung, wie das rechtskräftige Urtheil und die Restitution.

Der häufigste und wichtigste Grund einer solchen nachfolgenden Ungültigkeit besteht aber in einer neuen juristischen Thatsache, welche der früheren entgegen wirken soll. Die allgemeinste Anwendung davon findet sich bey Willenserklärungen, welche durch entgegengesetzte Willenserklärungen aufgehoben werden. Damit diese Aufhebung vollständig wirke, ist die Regel aufgestellt, daß die auf-

hebende Erklärung gleiche Form haben müſſe mit derjenigen, wodurch das aufzuhebende Rechtsverhältniß entſtanden ſey.

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur (l).

Es giebt jedoch von dieſer Regel mehrere ganz poſitive Ausnahmen (m); außerdem aber hat ſie ſchon im neueren Römiſchen Recht, noch mehr aber im heutigen Recht, einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren (n).

Man hat oft über die Frage geſtritten, ob ein Recht ſchon durch die einſeitige Willenserklärung des Berechtigten entkräftet werde, welche man renunciatio, Entſagung, Verzicht nennt (o), oder ob dazu noch Etwas

(l) *L.* 35 *de R. J.* (50. 17.). — Vgl. *L.* 100 *L.* 153 *eod.*, *L.* 8 *de adqu. poss.* (41. 2.), *L.* 80 *de solut.* (46. 3.).

(m) So z. B. wurde von jeher die aus dem Diebſtahl oder aus der Injurie entſtandene Obligation durch nudum pactum dennoch ipso jure aufgehoben, weil nämlich das pactum dabey in den Zwölf Tafeln erwähnt war. *L.* 17 § 1 *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14.), *L.* 13 *C. de furtis* (6. 2.).

(n) Das Pactum ſollte die Stipulation nur nicht ipso jure aufheben, wohl aber per exceptionem; der Unterſchied beider Arten der Aufhebung iſt jedoch im Juſtinianiſchen Recht weniger wichtig als früher. — Im heutigen Recht hingegen iſt der formelle Unterſchied zwiſchen Pactum und Stipulation ganz verſchwunden. — Als ein praktiſcher Überreſt der alten Regel auch noch im heutigen Recht kann der Satz angeſehen werden, daß ein Teſtament zwar durch ein neues Teſtament aufgehoben wird, in der Regel aber nicht durch bloßen Widerruf, eben ſo auch nicht durch einen Codicill. § 2. 7 *J. quib. modis test.* (2. 17.), *L.* 21 § 3 *C. de testamentis* (6. 23.).

(o) Das Schwankende dieſer Ausdrücke hat auch zur Erhal-

hinzutreten müsse, namentlich der Wille eines Andern, das heißt die Acceptation (p). Dieser Streit ist unter andern dadurch über Gebühr verlängert worden, daß in jener scheinbar einfachen Frage eigentlich zwey ganz verschiedene Fragen enthalten sind, deren genaue Sonderung allein zu einer sicheren Entscheidung führen kann. Es ist nämlich zuerst der Fall möglich, daß dem Berechtigten gar kein Einzelner besonders gegenüber steht (wie bey dem Eigenthum), oder auch daß ein solcher wirklich vorhandener Einzelner (z. B. sein Schuldner in einer Obligation) die Erklärung noch nicht erfahren, oder durch eine Gegenerklärung sich darüber auszusprechen unterlassen hat. In allen diesen Fällen kann die Frage entstehen, ob jene einseitige Erklärung für den Berechtigten, der sie abgab, bindend ist, oder ob er, bey verändertem Willen, davon wieder abgehen kann. Dieser Fall ist es, woran man gewöhnlich denkt, wenn man die Nothwendigkeit einer Acceptation in Frage stellt; die Frage hat hier eine formelle Natur, indem es darauf ankommt, ob eine Handlung in dieser oder in einer andern Form dazu geeignet ist, eine

tung des Streites beygetragen, da in keinem derselben das Moment der Einseitigkeit, worauf doch Alles ankommt, nothwendig enthalten ist. So z. B. sagt *L.* 29 *C. de pactis* (2. 3.), nach einer alten Rechtsregel könne Jeder seinen Rechten entsagen (renunciare); zugleich spricht aber die ganze Stelle lediglich von einer Entsagung durch Vertrag, und führt auch jene Rechtsregel nur an, um die bindende Kraft eines solchen Vertrags außer Zweifel zu setzen.

(p) Vergl. unter andern eine eigene Abhandlung von Fritz, Archiv für civilist. Praxis B. 8 Num. XV.

wahre Änderung in dem Rechtsverhältniß hervorzubringen. — Es ist aber auch zweytens der Fall möglich, daß Derjenige, welcher in einem Rechtsverhältniß steht, dasselbe auflösen will, während ein Anderer dieser Auflösung widerspricht. In diesem Fall entsteht die Frage, wie weit das Recht des Einzelnen, unter Voraussetzung dieses Streites, geht; es ist die völlig materielle Frage nach der Macht des einseitigen Willens.

a) Die formelle Frage, ob die einseitige Willenserklärung bindet, oder wieder zurück genommen werden kann, muß mit folgender Unterscheidung beantwortet werden. Die Rechte, welche uns aus dem Nachlaß eines Verstorbenen zur Erwerbung angeboten (deferirt) sind, werden durch unsre einseitige Willenserklärung (repudiatio) unabänderlich ausgeschlagen. Dieses gilt nicht blos von der hereditas und bonorum possessio, bey welchen ohnehin Niemand vorhanden ist, welcher acceptiren könnte, sondern auch bey den Legaten (q), bey welchen allerdings die Nothwendigkeit einer Acceptation des Erben denkbar wäre. — In allen übrigen Fällen dagegen ist eine einseitige Entsagung für sich ganz wirkungslos, kann also stets zurückgenommen, und dadurch der möglichen Bestätigung durch die Acceptation eines Andern entzogen werden. Dieses gilt also vor Allem von der hereditas, der bonorum possessio, und dem Legat, welche wir durch unsre Erklärung bereits

(q) *L.* 38 § 1 *L.* 44 § 1 *L.* 86 § 2 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 59 *de leg.* 2 (31. un).

erworben haben. Ferner bey dem Eigenthum, welches niemals durch den bloßen Willen, sondern nur durch den zugleich aufgegebenen Besitz (Dereliction) verloren wird. Eben so bey jedem jus in re, von welchem der Eigenthümer nur durch Vertrag, nicht durch die einseitige Erklärung des Inhabers, befreyt wird. Endlich auch bey den Obligationen; diese werden durch einen Erlaßvertrag stets aufgehoben, eben so auch durch die von einem Dritten vorgenommene Expromission (r), aber eine einseitige Erklärung des Glaubigers bindet diesen nicht.

b) Bey der materiellen Frage, ob ein Berechtigter verhindert werden könne, durch seinen einseitigen Willen aus einem Rechtsverhältniß heraus zu treten, muß stets ein Einzelner, ihm gegenüber Stehender, hinzugedacht werden, da ein Einspruch gegen die Dereliction des Eigenthums gar nicht denkbar ist. Es kann davon zunächst die Rede seyn bey einem jus in re. Der Fructuar kann den Niesbrauch stets zurück geben (s); denn obgleich mit demselben auch positive Verpflichtungen verbunden sind (t), so können diese doch nur als Bedingungen und Einschränkungen des Genusses betrachtet werden, und verhindern also den Austritt aus dem Rechtsverhältniß nicht. Wenn freylich der Niesbrauch aus einem Kauf oder einem Pachtvertrag auf bestimmte Zeit entsprungen ist (u), so kann sich der Fructuar von seinen

(r) *L.* 91 *de solut.* (46. 3.).
(s) *L.* 64 *de usufructu* (7. 1.).
(t) *L.* 13 § 2 *L.* 66 *de usufructu* (7. 1.). (u) *L.* 10 *C. de usufructu* (3. 33.).

(dem Niesbrauch selbst fremden) Gegenleistungen aus diesen Verträgen einseitig nicht befreyen, so daß er das Kaufgeld oder Pachtgeld stets zahlen muß, wenn ihn nicht der Eigenthümer durch Vertrag frey giebt. — Hieraus erklärt sich zugleich, warum der Emphyteuta oder Superficiar aus seinem Rechtsverhältniß nicht willkührlich austreten kann. Denn die daneben stehende Verpflichtung zu positiven Leistungen, die bey dem Niesbrauch etwas Zufälliges, Fremdartiges war, ist bey diesen Rechten ein wesentlicher Bestandtheil des Rechtsverhältnisses selbst. — Bey den Prädialservituten und dem Pfandrecht treten keine ähnliche Rücksichten ein, so daß hier ein einseitiger Austritt des Inhabers stets zulässig ist. Bey dem Faustpfand kann ein Interesse hierzu vorkommen, wenn etwa die Aufbewahrung der verpfändeten Sache mit Kosten oder Gefahren für den Besitzer verbunden ist.

Bey den Obligationen wird Niemand daran denken, dem Schuldner den einseitigen Rücktritt zu gestatten. Bey dem Glaubiger wird diese Befugniß nur in seltnen Fällen zur Sprache kommen, wenn etwa bey einem Wettstreit der Grosmuth oder Delicatesse, oder aus Hochmuth, der Glaubiger die Schuld erlassen, der Schuldner dieses Geschenk nicht annehmen will. In diesem Fall kann der Glaubiger ohne Zweifel seinen Zweck erreichen durch die Expromission eines Dritten, dem er dann durch Vertrag die Schuld erläßt (v); noch einfacher, indem er blos die

(v) *L.* 91 *de solut.* (46. 3.).

Annahme der Schuld verweigert, da der Schuldner zwar das Geld deponiren, aber nicht den Glaubiger zur Abholung desselben zwingen kann. — Wichtiger ist es, daß bey mehreren Obligationen, die eine zusammengesetzte Natur haben, eine Auflösung für die Zukunft durch einseitige Aufkündigung zulässig ist, wie bey der Societät, dem Mandat, dem Miethvertrag; die eigenthümliche Natur dieses Falles, und die besondere Wirksamkeit dieser Kündigung, kann jedoch erst im Zusammenhang des Obligationenrechts klar gemacht werden.

§. 203.

VI. Ungültigkeit der juristischen Thatsachen. (Fortsetzung.)

Es sind nun noch einige einzelne Fragen hervor zu heben, welche sich auf die Richtigkeit der Rechtsgeschäfte beziehen.

Die Gründe der ursprünglichen Nichtigkeit sind von zweyerley Art. Sie können nämlich erstens bestehen in einem Mangel der nothwendigen Bedingungen, also entweder der erforderlichen persönlichen Eigenschaften, oder des Wesens des Geschäfts, wozu besonders das Daseyn des Willens gehört, so wie der vorgeschriebenen Form. Sie können aber auch zweytens enthalten seyn in einem positiven Gesetz, worin das Rechtsgeschäft verboten ist.

Wo überhaupt ein Gesetz die Absicht hat, einem Rechtsgeschäft verhütend entgegen zu wirken, da kann dieses durch

verschiedene Mittel geschehen. Zuerst durch erschwerende Formen, welches wahrscheinlich die Bedeutung einer imperfecta Lex war: dann durch Strafdrohung, während das Geschäft selbst gültig und wirksam bleiben soll, welches minus quam perfecta Lex hieß: ferner durch Bestimmung irgend einer unvollständigen Ungültigkeit, besonders einer Exception, wohin das Sc. Macedonianum und das Sc. Vellejanum gehört: endlich, am vollständigsten und einfachsten, durch Vorschrift der Nichtigkeit des Geschäfts, welches die Bedeutung einer perfecta Lex ist (a). Wenn nun ein Gesetz ein Rechtsgeschäft verbietet, ohne die Folgen der Übertretung bestimmt auszudrucken, so kann über diese Folgen ein Zweifel entstehen; es könnte namentlich behauptet werden, daß die schwere Folge der Nichtigkeit nur da angenommen werden dürfe, wo dieselbe in einem Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben sey. Hierüber haben wir ein allgemeines interpretirendes Gesetz von Theodosius II., worin bestimmt wird, daß aus jedem gesetzlichen Verbot die Nichtigkeit der verbotenen Handlung von selbst folge, ohne Unterschied ob diese Folge im Gesetz ausgedrückt sey, oder nicht (b). Nach dem eben er-

(a) Ulpian. tit. de Legibus § 1. 2, großentheils lückenhaft.

(b) *L.* 5 *C. de legibus* (1. 14.), vollständiger erhalten in Nov. Theod. tit. 4. Die in dieser ursprünglichen Gestalt des Gesetzes erhaltene höchst specielle Veranlassung war die ältere Vorschrift, welche die procuratio fremder Güter den Curialen verbot, von diesen aber durch eine conductio der Güter umgangen zu werden pflegte. Diese Veranlassung ist im Justinianischen Codex weggelassen, und nun tritt der allgemeine Inhalt des Gesetzes, der

klärten Sprachgebrauch läßt sich diese Vorschrift so ausdrücken: jedes verbietende Gesetz ist stets als eine perfecta Lex anzusehen. — Es wird noch hinzugesetzt, daß die Nichtigkeit auch diejenige Handlung treffe, welche blos scheinbar vorgenommen sey, um die in dem Gesetz wörtlich verbotene Handlung zu verstecken. In diesem Zusatz liegt jedoch keine neue Bestimmung, sondern nur eine Anwendung der allgemeinen Natur der Simulation auf diesen besonderen Fall (§ 134.).

Indessen muß zu dieser, scheinbar ganz allgemeinen Vorschrift, doch die natürliche Ausnahme hinzu gedacht werden, wenn das verbietende Gesetz selbst eine andere Folge als die Nichtigkeit ausdrücklich vorschreibt, und zwar eine solche, womit die Nichtigkeit unvereinbar ist (c). Dahin gehört das Sc. Macedonianum, welchem also nicht etwa wegen jenes neuen Gesetzes eine verstärkte Wirkung zuzuschreiben ist; denn die exceptio Sc. Macedoniani mit ihren sehr genau begränzten Wirkungen ist in der That unvereinbar mit der Nichtigkeit des Darlehens. Eben so auch das Sc. Vellejanum, in den Fällen, worin es noch unverändert zur Anwendung kommen soll (d). Ferner die

auch schon in jener ursprünglichen Gestalt vorhanden war, noch schärfer hervor.

(c) Vgl. Vinnius quaest. selectae Lib. 1 C. 1. Weber natürliche Verbindlichkeit § 74.

(d) Nämlich für die meisten Fälle hat Justinian ohnehin schon die Nichtigkeit der Bürgschaft ausdrücklich vorgeschrieben, und da kommt das Senatusconsult mit seiner Exception gar nicht mehr zur Anwendung; wo es aber überhaupt noch gilt, da ist es mit Nichtigkeit der Bürgschaft unvereinbar.

von einer Wittwe im Trauerjahr geschlossene Ehe. Denn die gesetzlichen Strafen dieser Ehe setzen das Daseyn einer wahren Dos, also auch einer gültigen Ehe, augenscheinlich voraus (e). Es war also dieses Ehehinderniß, nach dem Sprachgebrauch neuerer Juristen, ein impediens, nicht dirimens (f). — Dagegen würde es ganz irrig seyn, eine solche Ausnahme bey jedem verbietenden Gesetz anzunehmen, welches eine Strafe androht, ohne sich über die Nichtigkeit auszusprechen. Denn da mit einer Strafe die Nichtigkeit an sich wohl vereinbar ist, so fehlt es in einem solchen Fall an einem hinreichenden Grund, die Anwendung des angeführten allgemeinen Gesetzes auszuschließen.

Wenn ein Rechtsgeschäft auf vollgültige Weise geschlossen worden ist, nachher aber eine solche Veränderung der Umstände eintritt, daß dasselbe Geschäft jetzt nicht mehr möglich seyn würde, so fragt es sich, ob diese Verände-

(e) Vgl. oben Beylage VII Num. III. Der Grund dieser abweichenden Behandlung einer solchen Ehe liegt am Tage. Die ausgesprochene Nichtigkeit würde Nichts geholfen haben, theils weil sie die eigentliche Gefahr, die seminis turbatio, doch nicht verhindert hätte, theils weil die Ehegatten in keinem Fall verhindert werden konnten, nach Ablauf des Trauerjahrs, also nach sehr kurzer Zeit, eine neue Ehe zu schließen. Die Absicht bey jener Behandlung gieng also nicht auf Milde und Schonung, sondern auf die Wahl solcher Drohungen, deren reelle Fühlbarkeit der verbotenen Handlung wirksamer vorbeugen konnte.

(f) Solche Fälle sind überhaupt im Römischen Recht selten, in neueren Partikulargesetzen häufiger, z. B. bey den dispensablen Verwandtschaftsgraden, bey dem Mangel der väterlichen Einwilligung. Alle solche Fälle gehören nun unter die Ausnahmen von der Regel der L. 5 C. de LL.

rung auf den früheren Abschluß dergestalt zurück wirkt, daß das bisher gültige Geschäft nunmehr vernichtet wird. Mehrere Römische Juristen haben diese Vernichtung als Regel anerkannt, und diese Anerkennung ist in die Digesten übergegangen (g); allgemein aber war bey ihnen diese Anerkennung nicht (h). Auch finden sich daneben andere Stellen, welche gegen die unbedingte Annahme jener Regel warnen (i), also auf zahlreiche und wichtige Ausnahmen hindeuten.

Betrachten wir in dieser Beziehung einzelne Rechtsverhältnisse, so finden wir eben so viele und wichtige Fälle der Anwendung jener angeblichen Regel, als der daneben behaupteten Ausnahme. Eine gültig geschlossene Ehe wurde dadurch vernichtet, daß ein Ehegatte späterhin die Civität oder die Freyheit verlor: der spätere Wahnsinn dagegen stört die fortdauernde Gültigkeit nicht; beide Umstände aber, wenn sie zur Zeit der geschlossenen Ehe vorhanden gewesen wären, würden die Entstehung derselben unmög-

(g) *L.* 3 § 2 *de his quae pro non scriptis* (34. 8.) „.. Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur." Vgl. *L.* 16 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(h) *L.* 98 *pr. de V. O.* (45. 1.) „.. et maxime *secundum illorum opinionem*, qui etiam ea, quae recte constiterunt, *resolvi putant*, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuisse consistere."

(i) *L.* 85 § 1 *de R. J.* (50. 17.) „*Non est novum*, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt." *L.* 140 § 2 *de V. O.* (45. 1.) „Etsi placeat, exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: *non tamen hoc in omnibus verum est.*" § 14 *J. de leg.* (2. 20.).

lich gemacht haben. Ganz eben ſo wird auch ein Teſtament ungültig, wenn der Teſtator Civität oder Freyheit verliert, nicht wenn er wahnſinnig wird.

Neuere Schriftſteller haben verſucht, genau die Bedingungen aufzuſtellen, unter welchen die Regel oder die Ausnahme zur Anwendung komme; ſie haben ſich aber dabey in ſo viele Subtilitäten und Willkührlichkeiten verwickelt, daß die Entſcheidung zweifelhafter Fälle dadurch um gar Nichts gefördert wird (k). Es ſcheint daher am gerathenſten, auf die Aufſtellung allgemeiner Formeln über die angegebene Frage ganz zu verzichten, und ſich auf die Beurtheilung der einzelnen Fälle, worin ſie vorkommen mag, zu beſchränken. Hier wird die eigenthümliche Natur jedes Rechtsverhältniſſes, neben der Analogie der in unſren Rechtsquellen enthaltenen einzelnen Entſcheidungen, mehr Sicherheit geben, als es irgend eine aufzuſtellende Formel vermag.

Wenn umgekehrt ein verſuchtes Rechtsgeſchäft durch ein einzelnes Hinderniß ungültig iſt, dieſes aber ſpäterhin wegfällt, ſo entſteht die Frage, ob nun das Geſchäft rückwärts gültig wird, wodurch Alles in die Lage kommen würde, wie wenn gleich Anfangs das Hinderniß nicht vorhanden geweſen wäre. Man nennt eine ſolche günſtige

(k) Vorzüglich gilt dieſes Urtheil von J. Gothofred. in tit. de R. J., L. 85 § 1. Etwas beſſer iſt Averanius interpret. Lib. 4 C. 24—26, aber an ſicheren Reſultaten iſt auch durch ihn wenig gewonnen.

Rückwirkung der veränderten Umstände die Convalescenz, und drückt daher die aufgeworfene Frage auch so aus: Ist bey ungültigen Rechtsgeschäften die Convalescenz zulässig? (l).

Nach einer ganz allgemein lautenden Stelle des Römischen Rechts müßte man die Convalescenz durchaus verwerfen (m). Diese Regel wird noch für Testamente überhaupt bestätigt (n), und bey den Legaten ist die alte regula Catoniana eigentlich nur eine Wiederholung derselben (o). Zwar kommen auch neben dieser Regel Ausnahmen vor, und namentlich wird gleich bey der Mittheilung der regula Catoniana gegen ihre zu allgemeine Anwendung gewarnt (Note o). Wären diese Ausnahmen so zahlreich und mannichfaltig, wie bey der vorher erklärten entgegengesetzten Regel, so würde es auch hier gerathener seyn, eine so gefährliche Regel lieber ganz aufzugeben; so ist es aber in der That nicht, die meisten angeblichen Ausnahmen sind als solche nicht anzuerkennen, und wir müssen daher jene Regel allerdings gelten lassen, daneben aber die einzelnen

(l) Vgl. Averanius interpret. Lib. 4 C. 22.

(m) *L.* 29 *de R. J.* (50. 17.) „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere."

(n) *L.* 201 *de R. J.* (50. 17.) „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint."

(o) *L.* 1 *pr. de reg. Catoniana* (34. 7.) „Regula Catoniana sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. *Quae definitio in quibusdam falsa est.*"

Ausnahmen anerkennen, die in unsren Rechtsquellen ausdrücklich angegeben werden.

Ich will zuerst von solchen Fällen reden, worin man Ausnahmen jener Regel fälschlich anzunehmen pflegt. Wenn bey Eingehung der Ehe ein Ehegatte noch unmündig ist, so tritt, wie man sagt, mit der erreichten Pubertät Convalescenz ein (p); eben so, wenn der Senator, der mit einer Freygelassenen eine nichtige Ehe schloß, nachher aus dem Senat gestoßen wurde (q), oder wenn der Römische Provinzialbeamte eine Provinzialin zur Ehe nahm, dann aber sein Amt niederlegte (r). Desgleichen wenn der Vater den nothwendigerweise vorhergehenden Consens zur Ehe (s) nicht ertheilt hat, dann aber nachträglich consentirt (t), oder auch nachher stirbt (u). Es ist jedoch ganz unrichtig, in diesen Fällen Convalescenz der ungültigen Ehe zu behaupten. Nach Römischem Recht wird die Ehe geschlossen durch factisches Zusammenleben mit der auf wahre Ehe gerichteten Absicht; eine besondere Form ist dazu gar nicht nöthig. Wenn also eine Unmündige als Ehefrau in das Haus des Mannes gezogen ist, und in diesem Hause die Pubertät erreicht, so entsteht in diesem Augenblick eine neue und wahre Ehe, weil alle Bedingungen der Eingehung vorhanden sind. Das vorhergehende

(p) *L.* 4 *de ritu nupt.* (23. 2.).
(q) *L.* 27 *de ritu nupt.* (23. 2.).
(r) *L.* 65 § 1 *de ritu nupt.* (23. 2.).
(s) *pr. J. de nupt.* (1. 10) „in tantum, ut jussus parentum *praecedere* debeat."
(t) *L.* 68 *de j. dot.* (23. 3.).
(u) *L.* 11 *de statu hom.* (1. 5.).

nichtige Verhältniß convalescirt nicht, ist aber auch kein Hinderniß der gegenwärtigen Entstehung einer gültigen Ehe. So ist es in allen hier angegebenen Fällen ohne Ausnahme, und bey einigen derselben wird sogar ausdrücklich bemerkt, daß es nur so anzusehen sey. Wenn nämlich der Provinzialbeamte während der factisch bestehenden Ehe sein Amt niederlegt, so bleiben die früher erzeugten Kinder unehelich (v); eben so die Kinder, die in einer Ehe erzeugt sind, wozu der Vater eines Ehegatten nicht consentirt hatte, wenngleich dieser Vater nachher gestorben ist (w); hat die Frau vor ihres Vaters Consens Ehebruch begangen, so hat der Mann in der Anklage nicht die Vorrechte eines Ehemannes (x). Es entsteht also gar nicht Convalescenz des früheren nichtigen Verhältnisses, sondern überall eine neue Ehe, durch das Vorhergegangene nur nicht verhindert. — Wenn ein Sohn in väterlicher Gewalt oder ein Sklave oder ein Deportirter ein Fideicommiß bestellt, dann aber emancipirt, freygelassen, in die Civität hergestellt wird, und nun erweislich die Absicht, daß dieses Fideicommiß bestehe, fortdauert, so ist dasselbe allerdings wirksam; darin liegt aber nicht Conva-

(v) *L.* 65 § 1 *de ritu nupt.* (23. 2.) „.. post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias *effici*: et ideo *postea liberos natos* ex justo matrimonio, legitimos esse."

(w) *L.* 11 *de statu hom.* (1. 5.) „Paulus respondit, eum qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, *justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*"

(x) *L.* 13 § 6 *ad L. J. de adult.* (48. 5.).

lescenz der früheren Handlung, ſondern ein neues, mit dem früheren im Inhalt übereinſtimmendes, Fideicommiß, welches ja nach dem älteren Recht durch jeden formloſen Willen errichtet werden kann (y). — Die Ausnahmen, die neben der regula Catoniana behauptet werden, ſo wie die Ausſchließung ihrer Anwendung auf die hereditas, und auf die neuen Volksſchlüſſe (z), erklären ſich aus der an ſich zweydeutigen Natur eines jeden letzten Willens, indem die darin liegende Handlung ſo angeſehen werden kann, als ob ſie zur Zeit der Errichtung, aber auch ſo als ob ſie zur Zeit des Todes, vorgenommen worden wäre. — Wenn ein Vertrag im Namen eines Andern ohne Auftrag geſchloſſen, dann aber von dem Andern genehmigt wird, ſo wirkt dieſe Genehmigung allerdings rückwärts (aa); dennoch iſt dieſes nicht als wahre Convalescenz zu betrachten, ſondern der Genehmigende hat den Vertrag in allen Theilen zu dem Seinigen gemacht, alſo auch in Anſehung der Zeit, von welcher an er zu wirken beſtimmt war. Die Genehmigung wirkt wie ein neuer Vertrag, der die geſammten Wirkungen der Zwiſchenzeit mit in ſich aufnimmt. — Wenn ein durch Zwang oder Betrug bewirkter Vertrag hinterher frey genehmigt wird, ſo iſt er allerdings dadurch rückwärts vollgültig geworden; allein dieſer Vertrag war

(y) *L.* 1 § 1 *de leg. III.* (32. un.) „ . . . fideicommissum relictum videri *quasi nunc datum*, cum mors ei contingit, videlicet *si duraverit voluntas* post manumissionem." — *L.* 1 § 5 *eod.* „. . si modo in eadem voluntate duravit."

(z) *L.* 1 — 5 *de reg. Catoniana* (34. 7.).

(aa) *L.* 7 *pr. ad Sc. Maced.* (4. 28.).

auch zu keiner Zeit nichtig, fällt also gar nicht in das Gebiet der bisher behandelten Frage.

Dagegen sind allerdings folgende Fälle wahrer Convalescenz anzuerkennen, welche daher Ausnahmen der oben aufgestellten Regel bilden. Wenn ein Ehemann ein Dotalgrundstück veräußert, so ist dieses eine nichtige Handlung; fällt ihm aber späterhin die ganze Dos zu, so convalescirt jene Handlung von selbst, und es braucht also die frühere Tradition nicht wiederholt zu werden (bb). Wenn ein Nichteigenthümer eine Sache veräußert, später aber das Eigenthum erwirbt, so convalescirt eben so die Veräußerung, und der Käufer wird jetzt von selbst Eigenthümer, auch ohne neue Tradition (cc).

Diese ganze Frage ist bisher nur in Beziehung auf nichtige Rechtsgeschäfte untersucht worden; bey anfechtbaren kann es gar nicht bezweifelt werden, daß eine Ergänzung des früher mangelhaften Rechtsgeschäfts stets möglich ist. Denn da bey der Anfechtbarkeit das Hinderniß die selbstständige Natur eines eigenen Rechts bestimmter Per-

(bb) *L.* 42 *de usurp.* (41. 3.). Hier steht venditio für alienatio, und das confirmari bezieht sich zunächst auf die Gültigkeit des Usucapionstitels, von welcher in dieser Anwendung nur im älteren Recht die Rede seyn konnte. Daneben aber, und besonders im Justinianischen Recht, liegt in dem confirmari auch die unmittelbare Convalescenz der Veräußerung, also des Eigenthums, ohne alle Usucapion.

(cc) *L.* 42 *de usurp.* (41. 3.) am Ende der Stelle; über die Erklärung derselben vgl. Note bb. — *L.* 4 § 32 *de doli exc.* (44. 4.) „ ... ac per hoc intelligeret, eum fundum rursum vendidisse, *quem in bonis non haberet.*" — Die genauere Ausführung dieser wichtigen und verwickelten Frage ist nur im Zusammenhang der Lehre vom Eigenthum möglich.

sonen hat, so kann dieses Recht auch aufgehoben werden, wodurch dann das ursprüngliche Rechtsgeschäft in seine volle ungestörte Wirksamkeit von selbst eintritt (§ 202.). Dahin gehört der eben erwähnte Fall, wenn der Gezwungene oder Betrogene, nachdem er von diesen Einflüssen auf seinen Willen frey geworden ist, den Vertrag genehmigt; es würde nicht genau seyn, dieses als Convalescenz des Vertrags auszudrücken, da es vielmehr blos eine Aufhebung der bis dahin geltenden Exceptionen (metus oder doli) ist.

Beylagen.

IX. X. XI.

Beylage IX.

Schenkung durch bloße Unterlassungen.

(Zu § 144.)

I.

Im Allgemeinen muß die Möglichkeit der in der Überschrift bezeichneten Schenkungen verneint werden. Die positiven Einschränkungen, welche das juristische Wesen der Schenkung ausmachen, beziehen sich ihrer Natur nach auf Rechtsgeschäfte, unter welchen Begriff eine bloße Unterlassung nicht bezogen werden kann. Die Formen der Mancipation und der Insinuation, die in dem positiven Recht der Schenkungen eine so wichtige Stelle einnehmen, sind bey Unterlassungen gar nicht denkbar.

Es giebt jedoch zweyerley Umstände, wodurch eine Unterlassung die Natur einer Schenkung annehmen kann. Erstlich wenn dabey ein verborgenes Handeln zum Grunde liegt, welches dann eigentlich die Schenkung ausmacht. Zweytens wenn durch die Unterlassung allein und ausschließend eine unfehlbare Bereicherung bewirkt wird, in welchem Fall sie als ein indirectes oder verstecktes Geldgeschenk betrachtet werden kann.

Dieses Princip soll nunmehr durch eine Reihe von Fällen durchgeführt werden. Ich will dabey zunächst das Verbot der Schenkung unter Ehegatten berücksichtigen, um der Untersuchung mehr Anschaulichkeit zu geben; die Anwendung auf die Insinuation und den Widerruf wird dann leicht hinzugefügt werden können.

II.

Ich stelle einen Fall voran, der sich unter den übrigen Unterlassungen durch die Einfachheit seiner Natur, so wie durch die unzweifelhafte Entscheidung, die wir darüber in unsren Rechtsquellen finden, auszeichnet. Wenn der Ehemann an einer Sache seiner Frau eine Servitut hat, und diese absichtlich durch Nichtgebrauch untergehen läßt, so wird die Frau um den ganzen Werth der Servitut reicher, und es geschieht dieses lediglich in Folge jener Unterlassung, da unstreitig eine einzige Ausübung der Servitut, kurz vor dem Ablauf des gesetzlichen Zeitraums, diesen Verlust von des Mannes Vermögen abgewendet hätte. Wäre nun die angegebene Unterlassung gleich einem Rechtsgeschäft zu behandeln, so müßte sie nichtig seyn, das heißt der Verlust der Servitut müßte unterbleiben, die Servitut müßte fortdauern. So ist es jedoch nicht, vielmehr wird die Servitut in der That verloren, ganz wie unter fremden Personen; da aber die Frau bereichert ist, und da die Ursache dieser Bereicherung entschieden und ausschließend in der Liberalität des Mannes liegt, so hat die-

ser gegen die Frau eine condictio, deren Gegenstand ohne Zweifel die Wiederherstellung der Servitut, oder die Bezahlung des Geldwerths derselben, ist (a).

Ganz derselbe Fall kommt bey der Pauliana actio vor. Wenn der insolvente Schuldner die Servitut absichtlich untergehen läßt, so ist dieses eine Veräußerung an den Eigenthümer, und die Glaubiger haben gegen diesen die eben genannte Klage (b). Hier ist sogar ein noch dringenderer Grund zur Klage, als bey der Schenkung des Ehegatten, vorhanden, nämlich die unredliche Absicht des veräußernden Schuldners.

Mit Rücksicht auf diese Fälle wird im Allgemeinen der Satz aufgestellt, daß der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch als eine Veräußerung anzusehen sey (c).

III.

Ungleich verwickelter stellt sich die Frage in Beziehung auf die Usucapion. Ist nun die Zulassung der Usucapion von Seiten des Eigenthümers, der sie verhindern könnte, als eine Schenkung zu betrachten? Diese Frage

(a) *L.* 5 § 6 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem: verum post divortium condici posse." — Die Worte post divortium sind blos enunciativ, und beziehen sich darauf, daß bey dauerndem Einverständniß die Rückforderung überhaupt selten vorkommen wird; das Recht dazu ist stets auch während der Ehe vorhanden.

(b) *L.* 3 § 1 *L.* 4 *quae in fraudem* (42. 8.).

(c) *L.* 28 *pr. de V. S.* (50. 16.). „.. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes."

hängt zusammen mit der allgemeineren, ob die Zulassung der Usucapion überhaupt eine Veräußerung ist. Betrachten wir dieses zunächst in Anwendung auf ein anderes, aber verwandtes Rechtsverhältniß.

Der Ehemann soll Dotalgrundstücke nicht veräußern, und wenn er es versucht, soll seine Handlung nichtig seyn. Gesetzt nun, das Haus welches ihm als Dos gegeben worden ist, wird baufällig, der Nachbar fordert Caution wegen des Einsturzes, und der Mann verweigert diese Caution; hier bekommt in anderen Fällen der Nachbar zuerst eine missio in possessionem, wenn aber die Verweigerung fortdauert, wird ihm durch ein zweytes Decret des Prätors die possessio zugesprochen. Unter dieser war aber die augenblickliche Übertragung des Eigenthums an den bedrohten Nachbar verstanden (a); jedoch nur soweit der Prätor dieses Eigenthum geben konnte, nämlich in bonis, so daß es nun noch einer Usucapion bedurfte, um in vollständiges Eigenthum (ex jure quiritium) überzugehen (b). Wendet man diesen Hergang auf den die Cau-

(a) *L.* 15 § 23 *de damno inf.* (39. 2.).

(b) *L.* 5 *pr.*, *L.* 18 § 15, *L.* 12, *L.* 15 § 16, *L.* 44 § 1 *de damno inf.* (39. 2.). — Diese Stellen passen in dem eben erklärten ursprünglichen Sinn nicht mehr zum Justinianischen Recht, welches den Unterschied des bonitarischen und quiritarischen Eigenthums nicht kennt, und unter dessen Herrschaft das zweyte Decret der Obrigkeit gleich unmittelbar das volle Eigenthum überträgt. Sie müssen also hier unter der Voraussetzung verstanden werden, daß der die Caution verweigernde Besitzer nicht Eigenthümer ist, in welchem Fall freylich der Nachbar auch durch das zweyte Decret nur die b. f. possessio erhält, und das Eigenthum erst durch Usucapion erwerben muß.

tion verweigernden Ehemann an, so möchte man glauben, hier werde die Übertragung des Eigenthums durch das Veräußerungsverbot der Dotalgrundstücke verhindert; denn es ist unzweifelhaft, daß diese Übertragung nur durch des Mannes Willen herbeygeführt wurde, da er sie entschieden verhindern konnte, wenn er nur noch vor dem zweyten Decret die verlangte Caution stellte. Und dennoch wird ausdrücklich gesagt, daß in jenem Fall der Nachbar wirklich das Eigenthum des baufälligen Hauses erwerbe (c); darin liegt aber der bestimmte Ausspruch, daß die bloße Nichthinderung der Übertragung und der Usucapion als eine Verletzung des Veräußerungsverbots nicht betrachtet werden könne.

IV.

Ganz dieselbe Entscheidung kommt vor in folgendem verwandten Fall. Wenn zur Zeit des alten Rechts eine Frau ihr Landgut, das gerade von einem Fremden besessen wurde, dem Mann als Dos einbrachte, welches durch Mancipation, auch bey fehlendem Besitz, vollständig bewirkt werden konnte (a), so hatte der Mann das Recht,

(c) *L.* 1 *pr. de fundo dot.* (23. 5.). „Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde jussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, *quia haec alienatio non est voluntaria.*" Die letzten Worte wollen nicht sagen, daß des Mannes Wille keinen Einfluß auf den eingetretenen Verlust gehabt habe (welches falsch wäre), sondern daß der Mann nicht durch eine positive Handlung denselben herbeygeführt hat.

(a) Ulpian. XIX. § 6, worin

und zugleich die Verpflichtung, das Landgut von dem dritten Besitzer zu vindiciren. Versäumte er dieses, so daß durch Usucapion jenes Besitzers das Eigenthum verloren gieng, so war der Mann seiner Frau für diesen Verlust verantwortlich, es müßte denn die Usucapion so kurz nach der Mancipation vollendet gewesen seyn, daß die unterlassene Vindication nicht als Nachlässigkeit angerechnet werden konnte. Man könnte einwenden, dieser Verlust sey unmöglich gewesen, da das Veräußerungsverbot auch den Verlust durch Usucapion umfasse; allein Dieses ist falsch für den angegebenen Fall, da die Usucapion schon vor der Bestellung der Dos anfieng, so daß der Mann nur durch Unterlassung zur Usucapion mitwirkte (b). Es ist

anerkannt ist, daß Grundstücke auch in Abwesenheit, also auch ohne Rücksicht auf den gegenwärtigen Besitz des Eigenthümers, mancipirt werden konnten.

(b) Die hier im Text entwikkelten Gedanken sollen als Erklärung dienen für die sehr bestrittene *L.* 16 *de fundo dot.* (23. 5.). Für das ältere Recht macht also diese Stelle keine Schwierigkeit; allein im Justinianischen können freylich die Fälle auf dieselbe Weise nicht mehr vorkommen. Denn hier wird ein Grundstück dotal nur durch Tradition (*L.* 5 *sol. matr.*, welche ohne Zweifel interpolirt ist), so daß ein von einem Dritten besessenes Grundstück vorläufig gar nicht dotal gemacht werden kann. Da indessen die hier aus dem alten Recht hergenommene Erklärung (wie sogleich gezeigt werden wird) gar nicht den positiven und praktischen Inhalt der Stelle betrifft, sondern nur einen Einwurf und dessen Beseitigung, also lediglich die Deduction, so kann wohl die Anwendung des alten Rechts zur Erklärung der Stelle auf keine Weise bedenklich gefunden werden. — Der positive und praktische Inhalt ist allein die Verantwortlichkeit des Mannes für die versäumte Vindication; diese aber läßt sich auch noch im neuesten Recht in folgender Weise denken. Wenn die Frau ihr in fremdem Usucapionsbesitz befindliches Grundstück dem Mann als Dos

nur wahr für den Fall, da der Mann das Dotalgrundſtück ſelbſt veräußert hat; in dieſem Fall ſollte nicht blos ſeine Mancipation, als unmittelbare Übertragung des quiritariſchen Eigenthums, wirkungslos ſeyn, ſondern auch die Tradition ſollte nicht, wie in anderen Fällen, die Wirkung der Uſucapion haben, da ſonſt das ganze Verbot äußerſt leicht umgangen werden konnte (c). In dieſem letzten Fall alſo iſt es nicht die unterlaſſene Verhinderung, wodurch die Uſucapion zu einer (verbotenen) Veräußerung wird, ſondern die eigene poſitive Handlung des Mannes, die dazu den Grund legte (d).

In dieſem Sinn iſt es zu nehmen, wenn Paulus in *L.* 28 *pr. de V. S.* (50. 16.) ſagt: „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi." Wollte man dieſe Stelle in der unbedingten Allgemeinheit nehmen, deren die

verſpricht, und ihm zugleich ihre Vindication cedirt, ſo iſt zwar das Grundſtück noch nicht dotal, und von dem Veräußerungsverbot kann dabey noch gar nicht die Rede ſeyn; dennoch iſt der Mann für die rechtzeitige Anwendung der Vindication verantwortlich, und er muß den Werth des verlornen Grundſtücks erſetzen, wenn er durch ſeine Nachläſſigkeit die Uſucapion ablaufen läßt.'

(c) Wenn der Mann das Dotalgrundſtück verkauft, ſo iſt der Verkauf ungültig (*L.* 42 *de usurp.* 41. 3. „venditio non valet"); daher iſt die Tradition ohne justa causa, und kann nicht einmal eine Uſucapion herbeyführen.

(d) In demſelben Sinn, obgleich zu anderem Zweck, ſagt *L.* 33 *de m. c. don.* (39. 6.), wenn der mortis causa Beſchenkte uſucapire, ſo ſey ſein Erwerb (das capere) abzuleiten nicht von dem bisherigen Eigenthümer, „sed ab eo qui occasionem usucapionis praestitisset." Auch in unſrem Fall iſt es nur die occasio praestita, nicht die Unterlaſſung, wodurch das Ganze zu einer Veräußerung wird.

Worte allerdings empfänglich sind, so würde sie mit den oben angegebenen klaren Aussprüchen in Widerstreit treten. Es muß also hinzugedacht werden: wenn er selbst zu dieser Usucapion den Grund gelegt hatte. Eine solche einschränkende Erklärung ist in so vielen Stellen der zwey letzten Digestentitel nothwendig, und auch stets angewendet worden, daß sie in diesem einzelnen Fall keiner besonderen Rechtfertigung bedarf.

V.

Dieses Alles sollte nur als Vorbereitung dienen zu unsrer eigentlichen Frage, ob der Ehemann, der von der Frau seine Sache usucapiren lasse, dadurch eine unerlaubte Schenkung vornehme. Der Fall muß demnach so gedacht werden, daß ein Fremder die Sache besitzt und der Frau tradirt, sey es in Folge eines Verkaufs oder einer Schenkung. Hier könnte der Mann gegen die Frau eine Vindication anstellen, er thut es aber nicht, und so läuft die Usucapionszeit ab; liegt nun darin eine verbotene, also unwirksame, Schenkung unter Ehegatten? Dieses ist der Fall, welcher in der viel besprochenen *L.* 44 *pr. de don. int. vir.* (24. 1.) beurtheilt wird (a). Der Fall läßt sich zuerst in einer ganz unzweifelhaften Gestalt

(a) Diese Stelle habe ich früher zu erklären versucht in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. 1 S. 270. 424; in der Hauptsache halte ich noch jetzt diese Erklärung für wahr, und nur einige Nebenpunkte werde ich hier zu berichtigen suchen. Die älteren Meynungen sind in der angeführten Abhandlung zusam-

denken, und davon redet der erste Theil der Stelle: wenn bis zur vollendeten Usucapion kein Theil von dem Eigenthum des Mannes Etwas erfährt, so ist ganz gewiß keine Schenkung vorhanden. Rechnen wir diese Gestalt des Falles ab, so bleiben noch folgende drey Möglichkeiten für die Beurtheilung übrig: der Mann allein kann das Eigenthum entdecken; oder die Frau allein; oder endlich beide gemeinschaftlich. Diese drey Gestalten, in welchen der allgemeine Fall erscheinen kann, sollen nunmehr einzeln erwogen werden; und zwar zuerst nach allgemeinen Gründen, wodurch zur Erklärung der angeführten Stelle der Weg gebahnt werden soll.

VI.

1) Der Mann allein entdeckt, daß er Eigenthümer ist, verschweigt es aber seiner Frau, und läßt die Usucapion ablaufen, um die Frau zu bereichern. Ist das eine wahre Schenkung, und wird also der gewöhnliche Erfolg dieses Verfahrens durch das Verbot einer solchen Schenkung verhindert?

Man könnte zuerst das Daseyn der Schenkung aus dem Grund verneinen, weil eine Schenkung nicht ohne Vertrag gedacht werden könne, der aber hier, wegen der

mengestellt. Gegen meine Erklärung hat sich ausgesprochen ein Recensent in den Heidelberger Jahrbüchern 1816 S. 107—111; dessen Meynung soll hier berücksichtigt werden.

Unwiſſenheit der Frau, unmöglich iſt (a). Allein es iſt in der Lehre von der Schenkung gezeigt worden, daß dazu auch einſeitige Handlungen des Gebers tauglich ſind (§ 160), ſo daß alſo dieſer Grund nicht als entſcheidend gelten kann.

Will man in dem angegebenen Fall eine verbotene Schenkung annehmen, ſo läßt ſich das in einem zwiefachen Sinn denken: erſtlich direct, ſo daß nun überhaupt keine Uſucapion einträte; zweytens indirect, indem zwar die Uſucapion ihre gewöhnliche Wirkung äußerte, hinterher aber der Mann den verlornen Werth der Sache durch eine Condiction zurück fordern könnte.

Das erſte aber iſt völlig unmöglich. Denn das Verbot der Schenkung kann in keinem Fall eine größere Wirkung hervorbringen, als wenn das Gegentheil der als Schenkung angeſehenen Thatſache Statt gefunden hätte; ſo z. B., bey einer Schenkung durch Mancipation, wird Alles ſo behandelt, als ob gar nicht mancipirt worden wäre. In unſrem Fall alſo könnte aus der verbotenen Unterlaſſung des Mannes höchſtens Daſſelbe folgen, was folgen würde, wenn er Nichts unterlaſſen, ſondern gehandelt hätte. Worin konnte nun dieſes Handeln beſtehen? Dejection iſt verboten, alſo mußte der Mann gegen ſeine Frau vindiciren. Allein die Vindication hindert den Ablauf der früher angefangenen Uſucapion niemals, ſondern giebt nur dem Kläger das Recht, wenn der Richter die

(a) Dieſen Grund, den ich jetzt aufgebe, hatte ich in der Zeitſchrift a. a. O., S. 276, geltend gemacht.

Klage gegründet findet, die Rückgabe des einstweilen wirklich verlornen Eigenthums zu fordern (b). Was nun die angestellte Vindication als solche (c) nicht bewirken kann, wird doch unmöglich durch die unterlassene Vindication bewirkt werden können. Bey dem Nichtgebrauch der Servituten war es ganz anders. Dabey wäre durch das Gegentheil der Unterlassung, nämlich schon durch eine einzige Ausübung vor Ablauf der Zeit, der Untergang unfehlbar verhindert worden; und dennoch sollte die Versäumniß den Untergang nicht abwenden (Num. II.). Wie viel weniger wird dieses bey der Usucapion die Versäumniß vermögen!

Was nun die zweyte (die indirecte) Wirkung der verbotenen Schenkung betrifft, nämlich die Rückforderung der usucapirten Sache durch eine Condiction, so scheint diese nach derselben Analogie der durch versäumte Ausübung verlornen Servitut, behauptet werden zu müssen (Num. II.); dennoch halte ich auch Dieses für bedenklich. Der wesentliche Unterschied liegt nämlich darin, daß bey der Servitut der Untergang die nothwendige und ausschließende

(b) *L.* 18 *de rei vind.* (6. 1.). „Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit." Der Kläger hat also lediglich einen obligatorischen Anspruch, gegründet auf die Litiscontestation. Wenn der Besitzer den Sklaven nach Ablauf der Usucapionszeit gültig verpfänden, ja selbst manumittiren konnte, so mußte er gewiß wahres Eigenthum erworben haben. — Anstatt tradere mag wohl der Verfasser der Stelle geschrieben haben mancipare.

(c) Nämlich abgesehen von der vielleicht folgenden Verurtheilung und Execution, die aber theils ungewiß, theils von dem Willen des Mannes unabhängig ist.

Folge der Verſäumniß iſt, bey der Uſucapion nicht. Denn bey der Servitut erfolgt der Untergang unfehlbar, wenn die Ausübung unterbleibt, ſelbſt wenn der Eigenthümer die Sache nicht beſitzen ſollte (d); umgekehrt wird eben ſo unfehlbar der Untergang abgewendet durch jede Ausübung. Die Uſucapion dagegen kann verhindert werden ungeachtet der Verſäumniß, wenn nämlich die Frau durch Zufall den Beſitz verliert; umgekehrt wird die Gefahr des Verluſtes nicht nothwendig abgewendet durch die Vorſicht des Mannes: denn wenn er auch vindicirt, kann er dennoch den Prozeß verlieren durch Mangel an Beweismitteln, ſo wie durch Irrthum oder böſen Willen des Richters. Dieſe Unterlaſſung des Mannes iſt alſo nicht ſo, wie der Nichtgebrauch der Servitut, unfehlbare Zuwendung eines Vermögensvortheils, folglich iſt auch kein Grund zu einer Condiction vorhanden (e).

(d) Nur bey den servitutes praediorum urbanorum iſt Dieſes anders, weil zu deren Verluſt außer dem nonusus auch noch eine beſondere libertatis usucapio gefordert wird. *L.* 32 § 1 *de serv. praed. urb.* (8. 2.).

(e) Man könnte einwenden, daß nach *L.* 16 *de fundo dot.* (23. 5.) der Mann mit der dotis actio für die unterlaſſene Vindication verantwortlich gemacht wird (rem periculi sui fecit, ſ. o. Num. IV.). Allein dieſe Verpflichtung gründet ſich auf Culpa, und bey deren Beurtheilung kommt ſtets die Wahrſcheinlichkeit des Erfolgs in Betracht. Das juriſtiſche Weſen der Schenkung dagegen kann nur da angenommen werden, wo die Bereicherung aus dem Thun oder Laſſen des Gebers nothwendig und ausſchließend folgt, ſo daß ſie unter der Vorausſetzung eines entgegengeſetzten Verfahrens unfehlbar unterblieben wäre.

VII.

2) Die zweyte Möglichkeit besteht darin, daß die Frau allein (die usucapirende Besitzerin) das Eigenthum des Mannes entdeckt.

Daß hier keine Schenkung entgegen steht, ist ganz unzweifelhaft, da das Bewußtseyn des Gebers, die Grundbedingung aller Schenkung, gänzlich fehlt; nach Römischem Recht würde in diesem Fall überhaupt Nichts der Usucapion im Wege stehen. Allein der Besitz der Frau wird durch ihre Entdeckung des fremden Eigenthums ein unredlicher; und da das canonische Recht, abweichend von dem Römischen, nicht blos für den Anfang des Besitzes, sondern für dessen ganze Dauer, redliches Bewußtseyn des Besitzers fordert, so wird durch jene Entdeckung die Möglichkeit der Usucapion ganz ausgeschlossen, welche Ausschließung also mit dem Verbot der Schenkung gar keinen Zusammenhang hat.

VIII.

3) Es bleibt endlich noch der Fall zu betrachten übrig, da Mann und Frau zugleich das Eigenthum des Mannes erfahren, und über die Fortsetzung des Besitzes und der Usucapion einverstanden sind.

Auch hier könnte man zunächst wieder an ein unredliches Bewußtseyn der Frau denken, da sie von dem fremden Eigenthum Kenntniß bekommt. Allein dieser Umstand

allein würde ihr nicht im Wege stehen, da der Eigenthümer in die Fortsetzung des Besitzes einwilligt. Dagegen tritt in diesem Fall in der That die verbotene Schenkung als Hinderniß ein, wodurch die Usucapion ausgeschlossen wird.

Das Rechtsverhältniß ist nämlich vollständig so zu denken. Indem beide Theile von dem Eigenthum des Mannes überzeugt sind, so daß es nur von seinem Willen abhängen würde, den Besitz sogleich wieder zu erhalten, er aber von dieser Möglichkeit freywillig keinen Gebrauch macht, so liegt darin eine wahre Schenkung. Es ist hier so zu betrachten, als hätte die Frau die Sache ihrem Manne zurückgegeben, und unmittelbar aus seinen Händen wieder empfangen. Völlig derselbe Hergang kommt auch unter anderen Umständen unzweifelhaft vor. Wenn meine Sache in fremdem Besitz ist, und ich den Besitzer (in Folge eines Kaufs oder einer Schenkung) zum Eigenthümer machen will, so wird er es unmittelbar, ohne sichtbar hervortretende Handlung (a); dieses geschieht durch ein sogenanntes constitutum possessorium mit unmittelbar darauf folgender brevi manu traditio. In solchen Fällen also kann man sagen, was Ulpian von dem Fall sagt, da ich meinem Schuldner auftrage, das Geld, welches er mir zahlen will, einem Dritten zu bezahlen: es sey so an-

(a) *L.* 21 § 1 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.). „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse: fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit." Eben so *L.* 46 *de rei vind.* „dominium *statim* ad possessorem pertinet."

zusehen, als sey das Geld zuerst von dem Schuldner mir, dann von mir dem Dritten übergeben worden; „nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari" (b).

Also auch in unsrem Fall ist es ganz so anzusehen, als hätte die Frau die Sache dem Mann, dessen Eigenthum sie anerkennt, wirklich zurück gegeben, und als ein Geschenk aus seiner Hand wieder empfangen; durch die Rückgabe ist die bisher laufende Usucapion unterbrochen, und mit dem neuen Empfang würde eine neue pro donatio usucapio anfangen, wenn nicht diese Schenkung, als nichtige Handlung, zur justa causa ganz untauglich wäre. So muß also in diesem Fall die Usucapion der Frau unmöglich werden.

Auf den ersten Blick nun könnte man glauben, daß wenigstens in diesem Fall das bloße Unterlassen des Mannes als Schenkung gelte; in der That aber ist es ein positives, nur verstecktes, Handeln desselben, welches hier die Schenkung ausmacht.

Der angegebene Grund der Entscheidung kann zugleich als Bestätigung dienen für die entgegengesetzte Entscheidung des ersten Falles (Num. VI.). Denn welche Kraft auch man dem einseitigen Wissen und Wollen des Mannes beylegen möge, so wird doch Jeder zugeben, daß dadurch der Besitz der Frau nicht aufgehoben wird; gerade in diesem aufgehobenen Besitz der Frau liegt aber der

(b) *L.* 3 § 12 *de don. int. vir.* (24. 1.).

Grund, wodurch die Fortsetzung und Vollendung der bisher laufenden Usucapion in dem dritten Fall unmöglich wird.

IX.

Nachdem nun die einzelnen Fälle aus allgemeinen Gesichtspunkten betrachtet worden sind, soll die Bestätigung der aufgestellten Behauptungen in der oben angeführten Stelle (*L.* 44 *de don. int. vir. et ux.*) nachgewiesen werden. Der erste Theil derselben enthält den ohnehin unzweifelhaften Satz, daß die Usucapion der Frau unbedenklich ist, wenn keinem Theil das Eigenthum des Mannes bekannt wird. Hierauf folgen (nach meiner Abtheilung und Erklärung) die zwey letzten der drey so eben beurtheilten Fälle, und zwar zuerst der dritte, dann der zweyte; der erste wird gar nicht erwähnt. Der dritte Fall ist in folgenden Worten enthalten:

> Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis.

In diesen Worten finde ich die vollständige Bestätigung des so eben (Num. VIII.) entwickelten juristischen Hergangs. Da es jetzt so zu betrachten ist, als hätte die Frau den Besitz dem Mann zurück gegeben, und von ihm wieder empfangen, so ist ihr bisheriger Besitz wirklich unterbrochen (interrumpetur possessio). Ihre bisherige caus-

possidendi (die erlaubte Schenkung des Dritten) hat alſo aufgehört zu wirken, und es iſt an die Stelle getreten ein neuer Beſitz mit einer neuen causa, nämlich der verbotenen Schenkung unter Ehegatten, worauf ſich keine Uſucapion gründen kann (*transiit* in causam ab eo factae donationis).

Hierauf folgt die Betrachtung des zweyten Falles (Num. VII.) in folgenden Worten:

Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae, adquirere prohibitae sunt.

Das heißt: wenn das Eigenthum des Mannes nicht beiden Ehegatten, ſondern nur der Frau allein, bekannt wird (a), ſo ſchadet Das der Uſucapion nicht, da den Frauen nicht jeder Erwerb aus des Mannes Vermögen, ſondern nur der auf des Mannes Schenkung gegründete, unterſagt iſt, welche Schenkung aber, wegen des Mannes Unwiſſenheit, hier gar nicht denkbar iſt.

Der erſte Fall (da blos der Mann um das Eigenthum weiß) wird in der Stelle nicht berührt; man kann aber wohl annehmen, daß Neratius in dieſem Fall, eben ſo wie in dem zuletzt erwähnten zweyten Fall, die Uſucapion zulaſſen will: ſonſt hätte er ſchwerlich das Mitwiſſen der

(a) Ipsius alſo ſteht hier für solius, folglich als Gegenſatz von utriusque. Dieſe Bedeutung von ipse iſt nach anderen Stellen unzweifelhaft. Vgl. *L.* 17 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.), *L.* 21 *de damno infecto* (39. 2.), Gaius I. § 190, Ulpian. XIX. § 7.

Frau ausdrücklich als Bedingung der ausgeſchloſſenen Uſucapion bezeichnet (et hoc et mulier noverit, welches ja unter Vorausſetzung einer entgegengeſetzten Meynung ganz gleichgültig geweſen wäre).

X.

Die gewöhnliche Interpunktion der Stelle weicht von der hier angenommenen in folgender Weiſe ab:

quia transiit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia. Propius est ut nullum .. adferat impedimentum.

Hiernach würde die zweyte Hälfte der ganzen Stelle nicht, wie ich annehme, zwey Fälle zum Gegenſtand haben, ſondern allein den Fall des beiderſeitigen Wiſſens. Da nun aber, nach dieſer Interpunktion, ein Widerſpruch zwiſchen dem interrumpetur possessio und den Worten: nullum .. adferat impedimentum entſtehen würde, ſo haben ſich von jeher die Meiſten dadurch zu helfen geſucht, daß ſie hinter mulieris scientia den Punkt in ein Fragezeichen verwandelt haben. Dadurch werden die Worte interrumpetur possessio zu einer bloßen Frage, und die folgenden Worte enthalten die verneinende Antwort, wodurch allerdings der Widerſpruch beſeitigt wird; das Reſultat der Stelle iſt dem von mir angenommenen gerade entgegengeſetzt. Wie wenig aber, auf dieſe Interpunktion gebaut, eine befriedigende Erklärung bisher gelingen wollte,

habe ich in meiner früheren Abhandlung (Num. V. a) zu zeigen versucht.

Neuerlich hat sich nun für dieselbe Interpunktion der Heidelberger Recensent meiner Abhandlung ausgesprochen, und dessen Erklärung ist jetzt noch in Erwägung zu ziehen. Er nimmt an, die Schenkung des Dritten wirke stets fort, und die auf sie gegründete Usucapion gebe der Frau wirklich das Eigenthum. Daneben aber bestehe auch eine wirkliche Schenkung des Mannes an die Frau (a), wodurch die Usucapion zwar nicht begründet, aber auch nicht gehindert werde. — Aus zwey Gründen kann ich diese Erklärung nicht für zulässig halten. Erstlich steht sie im Widerspuch mit dem Ausdruck transiit. Dieser kann nur gebraucht werden, wo das eine Verhältniß verschwindet, ein anderes an dessen Stelle tritt, nicht wenn beide neben einander bestehen; so z. B. kann man von einer Schuld bey der Novation wohl sagen: transit in expromissorem, aber gewiß nicht bey der Bürgschaft: transit in fidejussorem. Zweytens ist nicht einzusehen, welche Bereicherung nach dieser Annahme durch des Mannes Schenkung eigentlich bewirkt werden sollte. Die b. f. possessio hat die Frau durch die Schenkung des Dritten erhalten, die Usucapion soll gleichfalls eine Folge derselben

(a) Die wirkliche Schenkung des Mannes sieht sich auch der Rec. genöthigt anzunehmen (S. 108. 109), und zwar wegen der Worte quia transiit, die nicht problematisch gefaßt sind (wie wenn es hieße: quasi transeat), sondern assertorisch, also nicht einen Theil des in Frage gestellten Satzes bilden können.

seyn, es bleibt also gar Nichts übrig, was die Frau der Liberalität des Mannes zu verdanken hätte, und wodurch wir veranlaßt werden könnten, eine Schenkung des Mannes zu behaupten, wie es doch hier anerkanntermaßen von Neratius geschieht; Alles, was sie nach jener Erklärung bekommt, würde sie auch bekommen, wenn der Mann sein Eigenthum nicht erfahren hätte.

XI.

Eine fernere Unterlassung, wodurch ein Ehegatte den andern bereichern kann, findet sich bey der Klagverjährung. Wenn also der Mann gegen seine Frau eine Schuldklage hat, und die Verjährung derselben wissentlich ablaufen läßt, liegt darin etwa eine verbotene Schenkung?

Eine ausdrückliche Erklärung unsrer Rechtsquellen finden wir hierüber nicht. Halten wir uns blos an die Analogie der Usucapion, so müssen wir zuerst sagen, der Ablauf der Verjährung werde an sich nicht verhindert, es werde also wirklich dem Schuldner die temporalis praescriptio erworben. Wir müssen auch hinzufügen, es liege darin nicht einmal eine indirecte ganz sichere Bereicherung, indem hier, wie bey der Usucapion, wenn auch wirklich die Klage angestellt wurde, dennoch der Erfolg derselben ungewiß blieb. Ja es kann bey der Klagverjährung nicht einmal der Fall vorkommen, der durch Unterbrechung des Besitzes die bisher laufende Usucapion in der That stören konnte (Num. VIII.). Zur Unterstützung dieser Ansicht

kann man auch noch folgenden Grund anführen. In der Lehre von der Schenkung ist dargethan worden, daß die Zahlung oder Expromission einer naturalis obligatio nicht als Schenkung gelte (§ 149. a. i). Da nun durch die Klagverjährung lediglich eine civilis obligatio in eine naturalis verwandelt wird, so scheint auch diese umgekehrte Veränderung nicht als Schenkung betrachtet werden zu dürfen (a).

Man könnte jedoch folgende Einwendung versuchen. Wenn ein insolventer Schuldner die ihm zustehende Klage wissentlich durch Verjährung untergehen läßt, so kann allerdings die Pauliana actio gegen den befreyten Beklagten angestellt werden; eben so verhält es sich mit der Faviana (b). Hierin scheint also ein solches Verfahren in der That als wahre Veräußerung anerkannt zu seyn. Indessen ist diese Analogie nicht entscheidend, weil bey den erwähnten beiden Klagen eine größere Strenge durch die Unredlichkeit des Schuldners oder des Freygelassenen wohl gerechtfertigt werden kann.

(a) Für ganz entscheidend dürfte indessen dieser Grund nicht gelten. Die naturalis obligatio hat ihren Halt, abgesehen von zufälligen Zwangsmitteln, in der rechtlichen Gesinnung des Schuldners, und darum hauptsächlich gilt hier die freywillige Zahlung oder Expromission nicht als Schenkung, sondern als gewöhnliche Schuldenzahlung. Wenn aber der Gläubiger die Klagverjährung wissentlich ablaufen läßt, welches nur eine Form des Erlasses ist, so ist durch dessen Willen in dem Schuldner jener Beweggrund (der freywilligen Pflichterfüllung) aufgehoben.

(b) *L.* 3 § 1 *quae in fraud.* (42. 8.) „vel a debitore non petit, ut tempore liberetur." *L.* 1 § 7. 8 *si quid in fraud.* (38. 5.). Vgl. § 145. u.

XII.

Auf ähnliche Weise, wie durch Klagverjährung, konnte im älteren Prozeß der Klagberechtigte seinen Anspruch entkräften, wenn er die Klage durch Prozeßverjährung untergehen ließ, oder durch Ausbleiben vor Gericht die Abweisung der Klage bewirkte (a). Ich glaube, daß diese Unterlassungen aus denselben Gründen, wie die zugelassene Klagverjährung, nicht als Schenkung gelten konnten.

XIII.

Dagegen hat es eine ganz andere Natur, wenn der Kläger seine Klage absichtlich durch eine Exception des Beklagten entkräften läßt, das heißt indem er es unterläßt, die wirklich begründete Vertheidigung gegen jene Exception vorzubringen. Dieses ist eine wahre Schenkung, und begründet daher unter Ehegatten eine Rückforderung durch Condiction (a). Eben so muß es sich umgekehrt verhalten, wenn der Beklagte eine ihm zustehende Exception nicht vorbringt, und dadurch die Verurtheilung hervorbringt; es ist dieses eine indirecte Weise, in ein Schuldverhältniß freywillig einzutreten zur Bereicherung des Gegners (vgl. § 157. o. p).

(a) Diese Fälle werden bey der Pauliana erwähnt. *L.* 3 § 1 *quae in fraud.* (42. 8.) „... si forte data opera ad judicium non adfuit, vel litem mori patiatur." Über das litem mori vgl. Gajus IV. § 105. 106.

(a) *L.* 5 § 7 *de don. int. vir.* (24. 1.). Vgl. § 158. k. l. Es ist nämlich nur eine Form für den Erlaß der Schuld.

Der Unterschied dieser Fälle von der zugelassenen Klagverjährung liegt aber in Folgendem. Die ganze Prozeßführung muß als ein untrennbares Ganze angesehen werden, worin Thun und Lassen nicht abgesondert betrachtet werden können. Es ist also in den zuletzt erwähnten Fällen stets anzunehmen, daß die eine Partey durch die Art ihrer Prozeßführung, also durch positive Thätigkeit, den Verlust des Prozesses absichtlich herbeygeführt hat.

XIV.

Eine besondere Betrachtung verdient noch die Regel des älteren Rechts, nach welcher die Forderung eines Glaubigers an Sponsoren und Fidepromissoren nur zwey Jahre dauern, also durch Ablauf dieser Zeit ipso jure untergehen sollte (a). Hatte nun der Mann bey seiner Frau in diesen Formen für einen Dritten Bürgschaft geleistet, und ließ die Frau die zwey Jahre ohne Klage absichtlich verstreichen, so war dieses so gut als ein Erlaß der Bürgschaft, und könnte daher als Schenkung angesehen werden. In der That hat dieser Fall große Ähnlichkeit mit dem Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch, welcher auch ipso jure eintritt, und in welchem wirklich eine Schenkung angenommen wird (Num. II.). Dennoch aber ist in diesem Fall keine Schenkung anzunehmen, weil überhaupt der einem Bürgen gewährte Erlaß seiner Verbindlichkeit keine wahre Schenkung ist (§ 158).

(a) Gajus III. § 121.

XV.

Alles, was bisher über die Schenkungsnatur bloßer Unterlassungen in Anwendung auf Ehegatten ausgeführt worden ist, muß nun eben so auch auf die Insinuation und Revocation der Schenkungen angewendet werden. Auch hier also wird in den meisten Fällen der bloßen Unterlassung das Daseyn einer Schenkung verneint werden müssen; in den Fällen aber, worin unter Ehegatten eine Schenkung angenommen wurde, muß sie auch in diesen Anwendungen gelten. Wenn also eine Servitut durch absichtlichen Nichtgebrauch des Inhabers untergeht, so ist dabey freylich eine Insinuation gar nicht denkbar; es kann aber der Werth derselben, soweit er 500 Dukaten übersteigt, als ungültig geschenkt zurückgefordert werden. Eben so kann der Inhaber diese durch seinen Willen zerstörte Servitut wegen Undankbarkeit des beschenkten Eigenthümers zurückfordern. — Dasselbe muß gelten, wenn während einer laufenden Usucapion der Eigenthümer und der Besitzer das wahre Rechtsverhältniß erfahren, und über die Fortsetzung und Vollendung des Usucapionsbesitzes einverstanden sind. Wegen Undankbarkeit kann hier stets widerrufen werden, und wenn die Sache mehr werth ist als 500 Dukaten, so ist die Schenkung theilweise nichtig.

Beylage X.

Einfluß der Schenkung auf dritte Personen.

(Zu § 157. 158. 163. 167. 169.)

I.

Etiam per interpositam personam donatio consummari potest sagt Paulus in *L.* 4 *de donat.* (39. 5.). Den Worten nach könnte Dieses gehen auf solche Fälle, da eine fremde Person blos als Werkzeug der Ausführung gebraucht wird, indem etwa das Geschenk durch einen Boten des Gebers überbracht, oder durch einen Boten des Empfängers abgeholt wird. Es ist aber dabey vielmehr an diejenigen Fälle zu denken, da die Schenkung vermittelst eines wirklichen, mit einer dritten Person abgeschlossenen, Rechtsgeschäfts bewirkt werden soll. Trifft nun ein solches Verfahren zusammen mit einer, gerade diese Schenkung einschränkenden, Rechtsregel, ist es z. B. auf die Bereicherung eines Ehegatten abgesehen, so entsteht die Frage, ob diese Rechtsregel auch auf das Rechtsgeschäft mit jenem Dritten zurückwirkt, oder ob dasselbe unberührt davon bleibt. Ich will zuerst Dasjenige zusammen stellen, was sich über diese Frage unmittelbar in unsren Rechtsquellen findet, und dann die darin nicht berührten Anwendungen besonders untersuchen.

II.

Bey der Schenkung unter Ehegatten wird zuerst das allgemeine Princip ausgesprochen, daß in solchen Fällen auch das mit dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft völlig nichtig sey (a).

Die einfachste Anwendung dieses Princips ist folgende. Der Mann beschenkt seine Frau durch eine Liberation, indem er ihrem Glaubiger für sie expromittirt. Hier ist Alles nichtig, sowohl die Verbindlichkeit des Mannes gegen den Glaubiger, als die Befreyung der Frau; Alles bleibt in dem früheren Zustand (b). — Schlechthin nöthig zur Aufrechthaltung des Verbots war diese Behandlung nicht, denn man konnte auch die Verbindlichkeit und die Befreyung gelten lassen, und nur dem Mann eine Condiction gegen die Frau geben, wie wenn er ihr baares Geld geschenkt hätte. Allein sicherer durchgreifend war jene Behandlung allerdings, indem nun das Verbot nicht durch zufällige Umstände, z. B. durch Insolvenz der Frau, unwirksam gemacht werden konnte.

(a) *L.* 5 § 2 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Generaliter tenendum est, quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, *aut per interpositas personas donationis causa agatur*, non valere." — Von dieser Anwendung handelt Heldewier de donatione inter conjuges per alium facta prohibita Lugd. Bat. 1777. 4; er faßt jedoch die Frage viel zu einseitig auf.

(b) *L.* 5 § 4 *de don. int. vir.* (24. 1.). „Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari vel fidejussorem ejus, Julianus ait: perindeque haberi, ac si nihil promisisset."

III.

Ganz eben so verhält es sich, wenn das Geschenk in einer verschafften Schuldforderung besteht, das heißt wenn der Mann seinem Schuldner aufträgt, seiner Frau zu expromittiren. Auch hier ist wieder Alles nichtig, indem der Schuldner weder gegen den Mann befreyt, noch gegen die Frau verpflichtet wird (a).

Merkwürdig ist hierbey noch die fernere Entwicklung eines solchen Rechtsgeschäfts. Wenn in anderen Fällen eines nichtigen Geschäfts aus Irrthum gezahlt wird, so ist die Zahlung an sich gültig, das Eigenthum des Geldes geht über, und der Zahlende hat nur eine indebiti condictio auf Rückgabe einer gleichen Summe (b). Hier ist es anders. Wenn der delegirte Schuldner des Mannes an die Frau zahlt, so ist auch diese Zahlung nichtig; der Schuldner kann das gezahlte Geld, so lange es vorräthig ist, vindiciren, und nach der Consumtion condiciren: gegen den Mann wird er durch diese Zahlung eben so wenig

(a) *L.* 5 § 3 *de don. int. vir.* (24. 1.) „Si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur." *L.* 39 *eod.* „... Respondi, inanem fuisse eam stipulationem." — Eben so ist es auch, wenn der Delegirte nicht ein bisheriger Schuldner des Gebers ist, sondern nur im Auftrag desselben dem Empfänger promittirt, wodurch ihm der Geber mit der mandati actio verpflichtet wird. Dieser Fall kommt vor in *L.* 52 § 1 *eod.* (nur mit einer größeren Verwicklung, weil es zugleich mortis causa donatio ist) „.. defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur ... nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur.*" Vgl. § 157. s[1], § 171. m.

(b) *L.* 23 *pr.* § 1. 2, *L.* 41 *de cond. indeb.* (12. 6.).

ipso jure frey, als vorher durch die Expromiſſion. Da er aber nach dem Willen des Mannes gezahlt hat, ſo ſchützt er ſich gegen deſſen Schuldklage durch eine doli exceptio, wobey er jedoch ſeine Vindication des vorräthigen Geldes dem Manne cediren muß. Für die Condiction bedarf es nicht einmal einer Ceſſion; denn da die Frau um das conſumirte (nicht etwa verſchwendete) Geld durch Vermittlung des Mannes reicher geworden iſt, ſo hat derſelbe gegen ſie die Condiction ſchon unmittelbar (c). — Daſſelbe, was hier als beſondere Folge der Zahlung aus der nichtigerweiſe übernommenen Schuld geſagt worden iſt, muß eben ſo auch in dem vorher erwähnten Fall, da die Schenkung durch Liberation der Frau bewirkt werden ſollte, gelten (Num. II.).

IV.

Daſſelbe ſcheint nun auch gelten zu müſſen, wenn der Mann ſeinem Schuldner aufträgt, die Schuld an die Frau zu zahlen, welche dadurch beſchenkt werden ſoll; der Schuldner müßte verpflichtet bleiben, und das gezahlte Geld durch Vindication von der Frau wieder fordern. Hier iſt es jedoch anders, in Folge der freyeren Entwicklung, die in der Lehre vom Beſitz eingetreten iſt. Es wird nämlich ſo betrachtet, als wäre das Geld von dem Schuldner an

(c) Dieſes iſt der Inhalt der merkwürdigen, von Julian herrührenden, *L.* 39 *de don. int. vir.* (24. 1.), deren erſter Theil ſchon in Note a benutzt worden iſt.

den Mann, von diesem an die Frau gegeben worden. Daher wird der Schuldner frey, und der Mann hat die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen die Frau (a). Ganz dasselbe gilt, wenn der Mann die Zahlung an die Frau nicht seinem Schuldner aufträgt, sondern Dem welcher ihn beschenken will; der Mann wird Eigenthümer, und fordert die Sache von der Frau zurück (b). Eben so auch, wenn der Dritte weder um eine Schuld zu zahlen, noch um dem Manne zu schenken, sondern nur in Folge eines Mandats des Mannes, der Frau tradirt (c).

Eben so aber wird es sich auch verhalten, wenn der Mann seine Frau dadurch beschenken will, daß er ihrem Glaubiger baare Zahlung leistet. Nach der Strenge des

(a) *L.* 3 § 12 *de don. int. vir.* (24. 1.) von Ulpian, welcher sich auf das Zeugniß des (jüngeren) Celsus beruft. Von demselben Fall sagt *L.* 26 *pr. eod.* nur, daß die Frau keinen Civilbesitz (also noch weniger Eigenthum) erwerbe; wer nun das Eigenthum habe, wird nicht ausgedrückt. — Als widersprechend könnte man ansehen *L.* 39 *eod.* (Num. III.), nach welcher der Schuldner Eigenthümer des Geldes bleiben soll; allein dieser zahlte nicht in Auftrag des Mannes, sondern um seine eigene Obligation, die er für gültig übernommen hielt, zu tilgen: er hatte also gar nicht die Absicht, den Mann zum Besitzer und Eigenthümer des Geldes zu machen, welches doch die Grundlage jedes constituti possessorii seyn muß.

(b) *L.* 3 § 13 *de don. int. vir.* (24. 1) von Ulpian, der sich auf die Autorität des Julian beruft. Dasselbe sagt in *L.* 4 *eod.* Julian selbst von einem Fall, worin der Dritte dem Mann mortis causa schenken will. Dieser letzte Fall kommt auch noch vor in *L.* 56 *eod*, worin jedoch Scävola blos die Ungültigkeit der Tradition an die Frau ausspricht, ohne das Schicksal des Eigenthums näher zu bestimmen.

(c) *L.* 52 § 1 *de don. int. vir.* (24. 1.) „.. ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est. Vergl. Num. III. a, und § 157. s[1].

älteren Rechts wäre hier gar Nichts geschehen, die Frau bliebe Schuldnerin, der Mann könnte das Geld vindiciren, oder, wenn es ausgegeben ist, condiciren. Nach der eben dargestellten freyeren Behandlung ist es, als ob das Geld von dem Mann an die Frau, von der Frau an den Schuldner, gegeben wäre. Die Frau hat also Besitz des Geldes erworben, aber kein Eigenthum. Sie hat also ihren Glaubiger mit fremdem Gelde bezahlt, welche Zahlung zunächst ungültig ist, durch die Consumtion aber gültig wird (d). Daher kann der Mann das Geld vindiciren, so lange es der Glaubiger abgesondert vorräthig hat; ist es ausgegeben, so wird die Frau von ihrer Schuld frey, und nun hat der Mann gegen sie die gewöhnliche Condiction, wie aus jeder anderen Bereicherung. Es ist ganz zufällig, daß dieser Fall nicht so, wie der vorige, in unsren Quellen erwähnt worden ist.

V.

Mit den so eben entwickelten Regeln scheint jedoch folgende Stelle des Afrikanus im Widerspruch zu stehen:

L. 38 § 1 *de solut.* (46. 3.).

Si debitorem meum jusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit: ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius numos acceperit, ut eos lucretur: alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos

(d) *L.* 17 *de solut.* (46. 3.), *L.* 19 § 1 *de reb. cred.* (12. 1.).

debitoris: et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen eum succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: (sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus, debitorem suum jubeat solvere. Nam ibi quoque, quia numi mulieris non fiunt, debitorem non liberari: sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet) (a).

Furti tamen actionem in proposito (b) mihi post divortium (c) competituram, quando mea intersit interceptos numos non esse.

(a) Die letzten Worte (si condictionem ... praestet) sind mit Unrecht in der Göttinger, so wie in neueren, Ausgaben als Formel der Exception abgedruckt. Die Exceptionen wurden negativ ausgedrückt, wie es Gajus IV. § 119 allgemein sagt, und womit viele Beyspiele in den Digesten übereinstimmen. Die Exception ist hier keine andere als die doli exceptio.

(b) in proposito, das heißt in dem Rechtsfall, wovon die ganze Stelle eigentlich handelt, und in welchen der Fall von der Schenkung unter Ehegatten nur zur Vergleichung eingeschaltet war.

(c) Die Worte post divortium machen die Stelle ganz sinnlos. Auf den ersten Fall passen sie nicht, weil in demselben von keiner Ehe die Rede war; auf den zweyten nicht, weil in demselben gar nicht die Möglichkeit eines Diebstahls vorhanden ist. Ohne Zweifel beruhen sie auf einer ungeschickten Interpolation, wodurch die Compilatoren, die aus Übereilung den Schluß der Stelle auf den eingeschalteten Fall bezogen, nicht sowohl die Stelle ändern, als vielmehr dem Leser einschärfen wollten, daß während der Ehe die furti actio nicht gelte. So werden die Worte auch von der Glosse aufgefaßt, die freylich an eine Interpolation nicht denkt. — Diese ganze Erklärung rührt übrigens nicht von mir her, sondern von Ant. Faber conjectur. III. 19.

Der Jurist spricht im Anfang und am Schluß der Stelle von einem Fall, der unsre gegenwärtige Frage gar nicht berührt. Blos zur Vergleichung zieht er den Fall von einer Schenkung unter Ehegatten herbey, der hier im Abdruck eingerückt ist. Von diesem nun sagt er, daß der Schuldner des Mannes, der auf dessen Auftrag an die Frau zahle, dadurch gegen den Mann nicht frey werde, sondern nur gegen die Frau eine Condiction habe (d); nur durch Cession dieser Klage an den Mann werde er auch gegen diesen frey, also nur per exceptionem.

Dieser Ausspruch steht in offenbarem Widerspruch mit der Annahme des Celsus, Julian und Ulpian, nach welcher der zahlende Schuldner unsichtbarerweise Besitz und Eigenthum des Geldes auf den Mann bringt, und dadurch sogleich gänzlich aus allem Rechtsverhältniß ausscheidet. Es ist hieraus klar, daß Afrikanus dem constitutum possessorium einen weniger ausgedehnten Einfluß, als jene andere Rechtslehrer, zuschreibt. Gerade diese seine Ansicht aber ist uns auch schon aus einer anderen merkwürdigen Rechtsfrage bekannt. Wenn Einer seinem Schuldner Auftrag giebt, einem Dritten zu zahlen, der das Geld als Darlehen haben soll, so entsteht dadurch wirklich ein Darlehen; eben so aber auch, wenn Einer seinem Procurator erklärt, er möge das aus dem Mandat

(d) Vorausgesetzt nämlich, daß das Geld ausgegeben ist; auf das vorräthige Geld hätte ohne Zweifel Afrikanus dem Schuldner eine Vindication gegeben.

herauszuzahlende Geld als Darlehen behalten. Afrikanus nun gab den ersten dieser Sätze zu, als ein benigne receptum, den zweyten verneinte er (e); Ulpian nimmt auch den zweyten an, weil es consequent sey, Dasjenige was der Glaubiger, ohne sichtbares Handeln, durch Zwey ihm gegenüber stehende Personen bewirken könne, auch durch Eine Person geschehen zu lassen (f). — In beiden Rechtsfragen liegt also vor unsren Augen die allmälige Entwicklung des constituti possessorii in seinem Einfluß auf andere Rechtsgeschäfte. Es kann aber keinen Zweifel haben, daß die neueste und freyeste Entwicklung jenes Rechtsinstituts als das eigentliche Resultat, folglich als der letzte Ausspruch der ganzen Gesetzgebung, anzusehen ist (g); mag nun die Aufnahme älterer und beschränkterer Meynungen aus einem Versehen der Compilatoren hervorge-

(e) *L.* 34 *pr. mandati* (17. 1.).

(f) *L.* 15 *de reb. cred.* (12. 1.). Vergl. oben § 44. s. — Zu der freyeren Behandlung, bey dem Darlehen, bekennen sich auch *L.* 11 *pr. de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 3 § 3 *ad Sc. Maced.* (14. 6.), *L.* 8 *C. si certum pet.* (4. 2.), welche sämmtlich annehmen, ein Darlehen könne auch durch eine nicht in Geld bestehende (von dem Empfänger zu verkaufende) Sache geschlossen werden, und durch diese Annahme gleichfalls mit *L.* 34 *pr. mandati* (17. 1.) in Widerspruch treten.

(g) Man könnte einwenden, Celsus und Julian, die sich zu der freyeren Ansicht bekannten, seyen um Etwas älter als Afrikanus. Allein in dem Fortschritt der Meynungen lassen sich niemals feste Zeitgränzen in der Art annehmen, daß vor und nach denselben alle Meynungen unter sich übereinstimmend seyn müßten; es bedarf oft einer längeren Zeit, damit die freyere Meynung, Anfangs vertheidigt und angefochten, endlich zu allgemeiner Anerkennung gelange.

gangen seyn, oder aus der bestimmten Absicht, ein Stück der inneren Rechtsgeschichte darzustellen.

VI.

Ich gehe jetzt über zu einer anderen Folge der Schenkung. Wer eine solche verspricht, und auf Erfüllung verklagt wird, hat gegen diese Klage eine doli exceptio, wodurch er das sogenannte beneficium competentiae geltend machen kann (§ 157. 1). Nun kann es aber auch geschehen, daß er nicht unmittelbar dem Empfänger verspricht, sondern von diesem an einen Dritten delegirt wird, etwa an den Glaubiger desselben, oder an Den, welchem der Empfänger wiederum schenken will. Wird nun von diesen dritten Personen der Schenkende aus dem mit ihnen geschlossenen Vertrag verklagt, so hat er gegen diese Klage jene Exception nicht (a). Es verliert also das Schenkungsverhältniß jene eigenthümliche Wirkung, sobald ein Rechtsgeschäft mit dritten Personen in die Mitte tritt.

VII.

Wer zur Zeit des älteren Rechts eine das Maaß der Lex Cincia übersteigende Schenkung versprach, war gegen die Klage des Empfängers durch eine Exception geschützt (§ 165). Wenn aber der Empfänger nicht unmittelbar das Versprechen angenommen, sondern durch Dele-

(a) *L.* 41 *pr. de re jud.* (42. 1.), *L.* 33 *de don.* (39. 5.), *L.* 33 *de novat.* (46. 2.). — Vgl. oben § 157. s. w und § 158. q.

gation die Schenkung bewirkt hatte, so sollte gegen die aus der Expromission entspringende Klage jene Exception nicht gelten. Dieses geschah also in folgenden beiden Fällen:

1) Wenn der Geber an den Glaubiger des Empfängers expromittirte. Er hatte keine Exception gegen dessen Klage, wohl aber eine Condiction gegen den Geber, damit dieser ihm Befreyung von der Schuld verschaffe, oder das schon gezahlte Geld zurück gebe (a).

2) Wenn der Geber seinen Schuldner dem Empfänger delegirte. Der Schuldner hatte keine Exception, aber der Geber konnte vor der Zahlung gegen den Schuldner resciforisch klagen, nach der Zahlung gegen den Empfänger auf Rückgabe des Geldes (b).

So war es nach der Meynung der Sabinianer, die nach den angeführten Stellen das Übergewicht erlangt zu haben scheint. Die Proculianer behandelten dagegen die Exception wie eine popularis exceptio, und wollten sie daher in den angeführten Fällen dem Beklagten allerdings einräumen (c).

VIII.

Aus den bisher abgehandelten einzelnen Fällen scheint folgende Regel hervorzugehen.

(a) *L.* 5 § 5 *de doli exc.* (44. 4.).

(b) *L.* 21 § 1 *de donat.* (39. 5.).

(c) Fragm. Vatic. § 266 „.. nam semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (*Sabinianos*?) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio."

In demjenigen Fall, worin die Einschränkung der Schenkung ipso jure, das heißt durch gänzliche Nichtigkeit, bewirkt wird, äußert sich diese Nichtigkeit auch in den mit fremden Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäften, welche nur als Mittel dienen sollen, die Schenkung zu bewirken (Num. II. III.). Die Ausnahme dieser Regel (Num. IV.) ist nur scheinbar; sie gründet sich auf das constitutum possessorium, und die bloßen Veränderungen im Besitz werden überhaupt nicht von den positiven Einschränkungen der Schenkung berührt (§ 149. c[1]).

Wo dagegen die Einschränkung nur vermittelst einer Exception durchgeführt wird, da erstreckt sich diese auf das mit einem Dritten zum Behuf einer Schenkung eingegangene Rechtsgeschäft nicht (Num. VI. VII.). Auch für diese Regel findet sich eine nur scheinbare Ausnahme, wenn der Geber Denjenigen, den er fälschlich für seinen Schuldner hält, dem Empfänger delegirt; hier hat der Delegirte gegen den Empfänger dieselbe doli exceptio, die er auch gegen den Geber, im Fall einer Expromission an diesen, gehabt haben würde (a). Ich nenne diese Ausnahme nur scheinbar, weil sie nicht auf der eigenthümlichen Natur der Schenkung, sondern auf einem weit allgemeineren Gegensatz beruht, der sich nur unter andern bey der Schenkung, neben ihr aber auch in ganz anderen Fällen äußert (b).

(a) *L.* 2 § 3 *de donat.* (39. 5.), *L.* 7 *pr. de doli exc.* (44. 4.).

(b) Das allgemeine Princip besteht darin, daß sich der Delegatar die Exception gefallen lassen muß, insoferne er Nichts für die

IX.

Ich gehe nun über zu denjenigen Einschränkungen der Schenkung, bey welchen der Einfluß auf die Rechtsgeschäfte mit fremden Personen in unsren Rechtsquellen nicht erwähnt wird.

Wenn ohne Insinuation eine Schenkung von 1500 Dukaten dadurch bewirkt werden soll, daß der Geber für diese Summe entweder bey des Empfängers Gläubiger expromittirt, oder seinen eigenen Schuldner dem Empfänger delegirt, geht nun die für 1000 Dukaten vorgeschriebene Nichtigkeit auf das neue Rechtsgeschäft mit über, so daß nur 500 eingeklagt werden können, oder bleibt dieses Geschäft davon unberührt, so daß die ganzen 1500 bezahlt werden müssen, der Geber aber vom Empfänger 1000 wieder fordern kann? Der Unterschied kann praktisch wichtig werden, wenn etwa der Empfänger bald nach der Delegation insolvent wird. Auf den ersten Blick möchte man glauben, durch die oben (Num. VII.) angeführten Digestenstellen über die Delegation bey einer immodica donatio sey Alles entschieden, indem sie in der That bestimmen, daß zwischen dem Geber oder Empfänger auf der einen

Delegation aufgeopfert hat. *L.* 4 § 31 *de doli exc.* (44. 4.). Dieses ist nun allerdings der Fall wenn ihm die Delegation geschenkt wurde; aber eben so auch wenn sie ihm als Zahlung gegeben wurde für eine vermeyntliche, in der That nicht begründete, Forderung an den Delegirenden. *L.* 2 § 4 *de don.* (39. 5.), *L.* 7 § 1 *de doli exc.* (44. 4.); geschah es für eine wahre Forderung, so gilt die Exception nicht. *L.* 12. 13 *de novat.* (46. 2.).

Seite, und dem Dritten auf der andern Seite, die immodica donatio keine Wirkung haben solle. Allein diese Stellen reden ganz ausdrücklich nur von der Zulässigkeit einer Exception, wovon in dem alten Recht der Lex Cincia allerdings vorzugsweise die Rede war. Das Justinianische Recht aber läßt aus der versäumten Insinuation gänzliche Nichtigkeit folgen, stellt also dieselbe auf völlig gleiche Linie mit der verbotenen Schenkung unter Ehegatten (§ 167). Wollen wir also nicht bey dieser Frage die innere Consequenz der Gesetzgebung gänzlich aufgeben, so müssen wir dieselbe Regel anwenden, welche im Römischen Recht bey der Schenkung unter Ehegatten durchgeführt ist (Num. II. III.), und die angeführten Digestenstellen als unanwendbare Zeugnisse aus dem Zusammenhang des älteren Rechts betrachten, die, wie so manches Andere, besser nicht aufgenommen worden wären. Eine buchstäbliche Anwendung derselben ist ohnehin unmöglich, da sie nur von der Zulässigkeit einer Exception reden, von welcher aber bey der versäumten Insinuation im neuesten Recht gar nicht die Rede seyn kann.

Es kommt also bey dieser allerdings zweifelhaften Frage darauf an, ob wir höheren Werth legen auf das, was aus der Consequenz unsrer Gesetzgebung folgt, oder vielmehr auf die Rettung der (immer noch stark modificirten) Anwendbarkeit der angeführten Digestenstellen.

X.

Was endlich den Widerruf der Schenkung, besonders im Fall der Undankbarkeit, betrifft, so kann dabey für unsre Frage kaum ein Zweifel entstehen. Denn hier ist gleich Anfangs Alles gültig, und erst hinterher entsteht ein neuer Anspruch an den Empfänger. Wurde also die Schenkung durch Delegation bewirkt, so bleibt das mit dem Dritten geschlossene Rechtsgeschäft ganz unberührt.

Beylage XI.

Ordinalzahlen in der Bezeichnung von Zeiträumen.

(Zu § 182.)

I.

Wenn die Entfernung ausgedrückt werden soll, in welcher ein bestimmter Zeitraum von einem andern bestimmten Zeitraum gleicher Art zu denken ist, so geschieht dieses am Einfachsten und Gewöhnlichsten durch eine Ordinalzahl, die sich auf die zwischen ihnen liegende gleichartige Zeiträume bezieht. Man spricht also von dem dritten Tag nach dem heutigen, oder von dem fünften Jahr nach dem Jahr einer bestimmten Begebenheit, um anzugeben, um wie viele Tage jener Tag von heute, dieses Jahr von der Begebenheit, entfernt liege. Unter andern geschieht dieses auch da, wo nicht blos zwey einzelne Zeiträume mit einander verglichen werden, sondern von der steten periodischen Wiederholung gleichartiger Zeiträume die Rede ist, für welchen Fall die Römer den Ausdruck tertio *quoque* die, quartus *quisque* annus, gebrauchen. Dieselbe Art der Bezeichnung aber findet sich nicht allein bey Zeiträumen, sondern auch bey anderen Gegenständen, die als gleichartige, in einer fortlaufenden Reihe liegende, gedacht werden, so z. B. wenn unter mehreren auf einander fol-

genden Fürsten eines Landes die Entfernung des einen von dem andern in der ganzen Regentenreihe bezeichnet werden soll. Für alle solche Fälle nun entsteht die Frage, wie die als Bezeichnung angewendete Ordinalzahl zu verstehen ist, ob nämlich der Zeitraum, die Person u. s. w., wovon die Zählung ausgeht, mitgezählt werden soll, oder nicht. Es ließe sich denken, daß hierüber durch den Sprachgebrauch eines Volks eine feste Regel angenommen wäre, wodurch dann alle Zweydeutigkeit der Bezeichnung ausgeschlossen seyn würde. Bey den Römern aber war es nicht also, sie haben vielmehr auf ganz verschiedene Weise bald mitgezählt, bald auch nicht, und dadurch entsteht für jede Stelle, worin eine solche Zählung vorkommt, ein Zweifel über den wahren Sinn, wodurch große Vorsicht in dem Gebrauch derselben nothwendig wird (a). Diese Behauptung ist nunmehr durch Angabe von Stellen Römischer Schriftsteller zu erweisen.

II.

Ich will zuerst diejenigen Stellen und Redensarten angeben, worin der erste Tag, das erste Jahr u. s. w. entschieden mitgezählt wird.

Dahin gehören zunächst viele Ausdrücke der allgemein

(a) Der einzige Schriftsteller, bey welchem ich diese Duplicität des Sprachgebrauchs ausdrücklich angegeben finde, ist Unterholzner Verjährungslehre I. S. 310. Er hat sie aber weder bewiesen, noch in ihrer ganzen Wichtigkeit anerkannt, sondern nur auf die Erklärung einer einzelnen Stelle angewendet.

angewendeten Kalendersprache. Dies tertius Kalendarum Jan. oder ante Kalendas Jan. heißt bekanntlich der 30. December, und diese Bezeichnung erklärt sich nur daraus, daß Kalendae als der erste, und pridie Kal. als der zweyte Tag gezählt wird. Eben so bey allen folgenden Zahlen, und eben so bey Idus und Nonae. — Ferner heißt Nonae wörtlich: der neunte Tag (vor den Idus). Da nun aber zwischen beiden Tagen nur Sieben Tage in der Mitte lagen, so mußte man nothwendig Idus mitzählen, um Nonae als den neunten Tag bezeichnen zu können (a). — Eben so auch Nundinae (für novendinae), welches der letzte Tag der achttägigen Woche ist, dessen Name also auf derselben Zählungsart beruht (b). — Auf dieselbe Weise endlich das Trinundinum, zwey Römische Wochen, wobey gleichfalls die ersten Nundinae mitgezählt sind (c). — Man kann dahin auch noch rechnen das perendie oder perendinus dies, Übermorgen, welcher Tag auch dies tertius genannt wird, offenbar nur indem man den heutigen Tag, von welchem aus gezählt werden soll, als den ersten ansieht, folglich mitzählt (d).

Eben so entscheidend sind folgende einzelne Stellen:

Varro de re rustica Lib. 2 prooem. „Itaque annum ita diviserunt ut *nonis* modo diebus urbanas res usurparent, *reliquis septem* ut rura colerent." Wenn sieben

(a) Ideler II. 129.
(b) Ideler II. 136 und die daselbst angeführten Schriftsteller.
(c) Ideler II. 137.
(d) Cicero pro Murena C. 12. Gellius X. 24.

Tage in der Mitte liegen, und doch der folgende als neunter bezeichnet wird, so muß wohl der vorhergehende mitgezählt seyn (e).

Cicero in Verrem II. 56: „Quinto quoque anno Sicilia tota censetur. Erat censa praetore Peducaeo, quintus annus cum te (Verre) praetore incidisset, censa denuo est. Postero anno L. Metellus mentionem tui census fieri vetat, Peducaeanum censum observari jubet." — Auf die einjährige Prätur des Peducäus folgte die einjährige des Sacerdos, dann die dreyjährige des Verres, hierauf die des Metellus. Der letzte Census fiel in das dritte Jahr des Verres, da ihn gleich im folgenden Jahr Metellus cassirte. Also lagen zwischen diesem und dem vorhergehenden Census drey freye Jahre, und doch nennt Cicero diese Wiederkehr quinto quoque anno.

Virgil. ecl. V. 49. „*Alter* ab illo" für: der erste nach ihm, also indem der vorhergehende mitgezählt wird, um ihn zum zweyten zu machen.

Horat. Serm. II. 3. 193. „Ajax heros ab Achille *secundus*;" eben so wie in der vorhergehenden Stelle.

Livius VII. 1 „dignusque habitus, quem *secundum* a Romulo conditorem urbis Romanae ferrent."

Censorinus C. 18 erzählt, die Olympischen Spiele seyen *quinto* quoque anno redeunte gefeyert worden, wel-

(e) Es ist auch hier wieder von den Nundinae die Rede (Note b), nur ohne sie mit diesem ihrem gewöhnlichen Namen zu nennen, und indem die zum Grund liegende Auffassung in ihre Elemente zerlegt wird.

ches bekanntlich in vierjährigen Perioden geschah, so daß stets drey freye Jahre zwischen zwey Jahren der Spiele in der Mitte lagen.

Gellius IX. 4. „Item esse compertum et creditum, Sauromatas ... cibum capere semper *diebus tertiis, medio abstinere.*" Sie wechselten also ab von einem Tage zum andern mit Essen und Fasten, und indem die Speisetage tertii genannt werden, muß der jedem vorhergehende Speisetag mitgezählt seyn.

Gellius XVII. 12 „quum febrim *quartis diebus* recurrentem laudavit ... haec *biduo medio* intervallata febris" ....

Celsus de medicina III. 3. „Et quartanae quidem simpliciores sunt .. finitaque febre *biduum integrum* est: ita *quarto die* revertitur ... Tertianarum vero duo genera sunt: alterum .. *unum diem* praestat integrum, *tertio* redit" ...

L. 233 § 1 *de V. S.* (50. 16.) (Gajus). „Post Kalendas Januarias *die tertio* pro salute principis vota suscipiuntur." Wir wissen nun aber aus anderen Nachrichten, daß dieses geschah ante diem III. Nonas Jan., das heißt den 3. Januar (f), also wird hier der dies Kalendarum als erster Tag eben so mitgezählt, wie bey der gewöhnlichen Kalenderbezeichnung *ante* Kalendas (g).

(f) Vgl. System § 180. f.

(g) Ich setze nicht hierher solche Stellen, worin tertio quoque die vorkommt, ohne daß sich das Mitzählen für sie unmittelbar beweisen läßt, wie *L.* 1 *de glande leg.* (43. 28.), *L.* 9 § 1 *ad exhib.* (10. 4.), *L.* 1 § 22 *de aqua quot.* (43. 20.). Zwar zweifle ich auch bey diesen nicht,

L. 1 *quando appellandum* (49. 4.) (Ulpian.). Hier wird zuerst im § 9 gesagt: „Biduum vel triduum appellationis *ex die sententiae latae* computandum erit," das heißt: Wer appelliren will, hat dazu zuweilen zwey, zuweilen drey Tage (vgl. § 11. 12), und zwar so daß der Tag des Urtheils mitgezählt wird. War er aber abwesend, dann (§ 15): „biduum vel triduum *ex quo quis scit* computandum est," das heißt so daß der Tag mitgezählt wird, woran er Kenntniß vom Urtheil erhielt. Dieselben Fristen werden nun abwechslend durch die Ausdrücke altera vel tertia die bezeichnet (§ 6. 12. 13.).

Es ist Dieses dieselbe Ansicht, welche wir ausdrücken, wenn wir von einer Begebenheit reden, die in der vorhergehenden Woche sich ereignete, und zwar gerade an demselben Wochentage in welchem wir uns heute befinden; wir sagen: vor Acht Tagen, wobey wir den heutigen Tag mitzählen, um den Tag jener vergangnen Begebenheit als den achten zu denken. Ganz eben so brauchen die Franzosen den Ausdruck huit jours; sie sind aber consequenter als wir, indem sie auch die Entfernung von zwey Wochen durch quinze jours bezeichnen, für welche wir Vierzehen Tage sagen, wobey also der heutige Tag nicht mitgezählt wird. Allerdings ist in diesen Redensar-

daß sie den Ausdruck in demselben Sinn gebrauchen, also für alternis diebus, aber beweisen läßt es sich aus ihnen selbst nicht. In der letzten der angeführten Stellen kommt allerdings auch alternis diebus vor, es ist aber nicht ganz klar, ob dieser Ausdruck auf denselben Fall gehen soll, welcher vorher durch tertio quoque die bezeichnet wurde.

ten keine Ordinalzahl enthalten; aber die Verschiedenheit der Auffassung ist dieselbe, wie die welche hier bey den Ordinalzahlen dargestellt wird.

In gleichem Sinn wird die Auferstehung Christi (Sonntag) auf den dritten Tag nach der Kreuzigung (Freytag) gesetzt, und diese Bezeichnung findet sich in dem christlichen Glaubensbekenntniß ohne Unterschied der Sprachen.

III.

Es sollen nun diejenigen Stellen und Redensarten folgen, worin nicht mitgezählt wird.

Dahin könnte man zuerst einen einzelnen Ausdruck aus der Kalendersprache rechnen, das pridie, welches die Zusammenziehung von primo die zu seyn scheint. Da dieses indessen auf einer augenscheinlichen Inconsequenz, verglichen mit dem unmittelbar daran gränzenden tertio die, beruhen würde, so könnte man diese dadurch zu entfernen suchen, daß man pridie für priore oder pristino die (a) nähme, so daß nur der Begriff des Vorhergehens, und also überhaupt keine Zahl, darin enthalten wäre. Ganz entscheidend aber sind folgende Stellen.

Varro de lingua lat. Lib. 6 § 11 (ed. Müller). „Lustrum .. tempus quinquennale ... quod *quinto quoque anno* vectigalia .. persolvebantur." Nach dem in der vorigen Nummer dargestellten Sprachgebrauch mußte es heißen sexto quoque anno.

(a) So wird in der That das Wort abgeleitet von Gellius X. 24.

Cicero in Pisonem C. 5 „quam potestatem minuere, quo minus de moribus nostris *quinto quoque anno* judicaretur, nemo .. conatus est." Hier iſt eben ſo, wie in der vorhergehenden Stelle, von dem ſtets nach Fünf Jahren wiederkehrenden Cenſus die Rede.

Cicero acad. quaest. H. 6 „a Carneade, qui est *quartus ab Arcesila:* audivit enim Egesinum, qui Evandrum audierat, Lacydis discipulum, cum Arcesilae Lacydes fuisset." Hier wird Arceſilas nicht mitgezählt, ſondern Lacydes iſt der erſte, Evander der zweyte, Egeſinus der dritte, Carneades der vierte.

Cicero ad Atticum VI. 1. „Ei (Pompejo) tamen sic nunc solvitur, *tricesimo quoque die* talenta Attica XXXIII., et hoc ex tributis, nec id satis efficitur *ad usuram menstruam.*" Offenbar vergleicht er hier monatliche Zinſen, und Zahlungen die in dreyßigtägigen Perioden geleiſtet wurden; bey dieſen letzten liegen 29 freye Tage zwiſchen zwey Zahltagen, es iſt alſo der vorige Zahltag nicht mitgezählt, wenn der folgende als tricesimus bezeichnet wird.

Caesar de bello Gallico V. 52. „Cognoscit, non *decimum quemque* esse relictum militem sine vulnere." Bey ſolchen allgemeinen Abſchätzungen, wobey es auf ſtrenge Genauigkeit nicht ankommen kann, wie es hier ſchon aus dem vix erhellt, gebraucht man ſtets runde Zahlen. Cäſar will alſo ſagen, unter Zehen Soldaten war kaum Einer unverwundet. Indem er nun jeden folgenden Geſunden

decimum quemque nennt, muß er den vorhergehenden nicht mitzählen.

Columella V. 8 „nam quamvis *non continuis* annis, sed fere *altero quoque* fructum efferat" .. Da hier das altero quoque den Gegensatz bildet gegen das jährlich Wiederkehrende, so kann es nur die jährliche Abwechslung zwischen Fruchtertrag und Unfruchtbarkeit bezeichnen, so daß es hier denselben Sinn hat, wie nach dem früher erklärten Sprachgebrauch das *tertio* quoque anno.

Statius Theb. IV. 841 „ab Jove *primus* honos;" ganz in demselben Sinn, wie es oben bey Virgil hieß: *alter* ab illo.

Celsus de medicina III. 13. 21. 23. IV. 12 wo viermal *altero* quoque die vorkommt für Das, was er selbst, in einer oben angeführten Stelle, den *tertius* dies nannte. Denn wenn er Dieses nicht meynte, so würde er sicher gesagt haben quotidie; auch sagt er in einer jener Stellen, III. 21, „utilis quotidianus *aut altero quoque die* post cibum vomitus est," wo altero quoque die geradezu den Gegensatz von quotidianus ausdrückt.

Macrobius Saturn. I. 13. Er sagt, die Griechen hätten eine achtjährige Schaltperiode, in welcher sie achtmal $11\frac{1}{4}$, also 90 Tage einschalteten, um dadurch ihr Jahr von 354 Tagen auf das rechte Maaß von $365\frac{1}{4}$ zu bringen. Dieses drückt er so aus: ut *octavo quoque anno* nonaginta dies ... interkalarent, wo er nach dem früher erklärten Sprachgebrauch hätte sagen müssen *nono* quoque

anno, weil Sieben freye Jahre in der Mitte lagen. Die Römer, sagt er ferner, hätten das nachgeahmt, und zwar ungeschickt, da ihr Jahr nicht 354, sondern 355 Tage hatte: *octavo quoque anno* (für nono quoque) interkalantes octo affluebant dies. Diesen Fehler verbesserten sie nachher, indem sie, jedesmal nach 24 Jahren, 24 Tage wegließen: *tertio quoque octennio* ita interkalandos dispensabant dies, ut non XC. sed LXVI. interkalarent; auch hier wieder mußte, nach dem früher erklärten Sprachgebrauch, gesagt werden: *quarto* quoque octennio.

Zu eben dieser Ausdrucksweise gehört nun auch das schon oben erwähnte Deutsche: vor 14 Tagen, um Dasjenige zu bezeichnen, was genau Zwey Wochen hinter der Gegenwart liegt.

IV.

Der zweyfache Sprachgebrauch, welcher bisher durch einzelne Stellen nachgewiesen worden ist, wird noch anschaulicher durch einige Fälle, in welchen diese Verschiedenheit bey den Römern selbst wichtige Irrthümer hervorgerufen hat, und dadurch zum Bewußtseyn bey ihnen gekommen ist.

Der merkwürdigste Fall dieser Art, welcher kaum glaublich scheinen möchte, wenn er nicht auf so unzweifelhafte Weise bezeugt wäre, ist folgender. Cäsar hatte bey Einführung seines Kalenders die Anordnung getroffen,

daß jede Periode von Vier Jahren einen Schalttag als Zugabe erhalten sollte zur Ausgleichung des Kalenderjahres von 365 Tagen mit dem Sonnenjahr, welches er zu 365¼ Tagen annahm (a). Diese Einrichtung drückte er in seinem Edict mit den Worten aus: ut *quarto quoque anno* .. unum interkalarent diem (b); dabey lag also der zweyte, eben erklärte, Sprachgebrauch zum Grunde, nach welchem das vorhergehende Schaltjahr nicht mitgezählt wird bey Bezeichnung der Stelle des nachfolgenden. Die Pontifices aber, welchen die fortwährende Ausführung des gesetzlich bestehenden Kalenders zukam, verstanden das Edict nach dem oben erklärten ersten Sprachgebrauch, wodurch aus dem quarto quoque anno dreyjährige Schaltperioden entstanden, in welchen zwischen zwey Schaltjahren nur zwey Gemeinjahre in der Mitte lagen. Dieses unglaubliche Misverständniß blieb 36 Jahre lang unbemerkt, so daß in dieser Zeit zwölfmal eingeschaltet worden war, anstatt daß nur neunmal hätte eingeschaltet werden sollen. Als es endlich entdeckt wurde, berichtigte August den begangenen Fehler dadurch, daß er für die nächsten drey Schaltperioden die Einschaltung ganz untersagte, zugleich aber für die Zukunft den wahren Sinn der Julianischen Einschaltung feststellte (c).

(a) Vergl. die ausführlichere Darstellung in dem Rechtssystem § 179.

(b) Macrob. Saturn. I. 14. Sueton. Julius C. 40.

(c) Macrob. Saturn. I. 14, welcher es so ausdrückt, man habe irrig eingeschaltet quarto anno *incipiente* anstatt *confecto;* August habe verordnet, es solle hin-

Bey der Einrichtung vieler Colonieen durch die Triumvirn, Octavian, Antonius und Lepidus, ſtand in der Vorſchrift (lex), die den Agrimenſoren gegeben wurde, dieſe Stelle: Qui conduxerit ... a decumano et cardine *quintum quemque* (limitem) facito pedes XII., ceteros limites subruncivos (d). Dabey war der Decumanus nicht mitgezählt, ſo daß zwiſchen dieſem und dem zu einer größeren Breite beſtimmten Limes Fünf Centurien in der Mitte liegen ſollten. Die Agrimenſoren aber hatten das häufig misverſtanden, und daher den breiteren Limes um eine Centurie zu nahe an den Decumanus heran gerückt, indem ſie glaubten, in der Lex ſey dieſer mitgezählt. Hyginus rügt dieſes Misverſtändniß in folgenden Worten (e): Multos limitum constitutiones in errorem deducunt ... Sic et de limitibus quintariis, quintum quemque quintarium volunt. Porro autem inter quintum et quintarium interest aliquid. Quintus est, qui quinto loco numeratur: quintarius *qui quinque centurias cludit.* Hunc volunt esse quintum, *qui est sextus* (nämlich nach der üblichen erſten Ausdrucksweiſe, worin der Decumanus mitgezählt wird). Nam et legum latoribus (l. latores) .. sic caverunt, ut a Decumano maximo *quintus quisque* spatio itineris ampliaretur. *Erat sane interpretatio legis hujus ambigua,* nisi eorum temporum formae

fort geſchehen *quinto* quoque *incipiente* anno. Vgl. auch Ideler II. 131.

(d) Frontinus de coloniis bey Goesius p. 111. 133.

(e) Hyginus de limitibus constituendis bey Goesius p. 158. 159.

(die aus der Zeit jener legumlatores übrigen Risse) *sextum quemque limitem* latiorem haberent .... Quum decumanus erat positus, positi sunt deinde *quinque limites*, quorum novissimus factus est latior: his cum decumanus accessit, *sex fiunt*.

Beide hier zusammen gestellte Fälle kommen darin überein, daß eine öffentliche Urkunde von den mit der Vollziehung eines Geschäfts beauftragten Personen blos deswegen misverstanden wurde, weil diese die von dem Urheber ausgedrückte Ordinalzahl in einem andern Sinn auffaßten, als welchen er selbst hinein legen wollte. Einen schlagenderen Beweis aber kann es dafür nicht geben, daß die Römer in der That solche Zahlen auf zwey verschiedene Arten gebrauchten.

V.

Es ist gezeigt worden, daß dieser schwankende Sprachgebrauch nicht nur bey Zeiträumen, sondern auch bey anderen gezählten Gegenständen vorkommt. Allerdings aber lag dazu eine ganz besondere Veranlassung in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Zeiträume. Wenn ein Besitz am Mittag des 1. Januars angefangen hat, und von da ab 365 Kalendertage gezählt werden sollen, so wird die Frage, ob der 1. Januar mitzuzählen sey, besonders dadurch zweifelhaft, daß dieser 1. Januar theils innerhalb der Besitzeszeit liegt, theils außer derselben. Vielleicht hat dieser Umstand Gelegenheit gegeben, daß jenes Schwan-

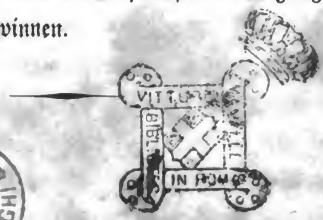
ken zuerst bey gezählten Zeiträumen entstanden ist, von welchen aus es dann auch zu anderen gezählten Gegenständen, bey welchen jener eigenthümliche Grund nicht eintritt, seinen Weg gefunden haben mag.

VI.

Die zwey verschiedenen Zählungsarten, die hier im Sprachgebrauch der Römer nachgewiesen worden sind, verhalten sich zu einander nicht etwa so, daß die eine die vorherrschende Regel bildete, die andere nur auf der seltenen Redeweise, vielleicht auf der Unkunde einzelner Schriftsteller von geringem Ansehen beruhte. Vielmehr werden beide von Schriftstellern des ersten Ranges angewendet, ja sogar beide von einem und demselben Schriftsteller, namentlich von Cicero, Varro, und dem Arzt Celsus. Soll diese Verschiedenheit nicht als eine ganz regellose, stets nur durch Laune und Willkühr veranlaßte, angesehen, sondern ein bestimmtes Verhältniß darin angenommen werden, so läßt sich etwa Folgendes mit einiger Wahrscheinlichkeit behaupten. Die erste Art (wobey mitgezählt wird) scheint die ältere, und die üblichere im täglichen Leben; dafür scheint zu beweisen ihr Gebrauch in der Kalendersprache, die gewiß allgemeinere Verbreitung hatte, als der Sprachgebrauch einzelner Schriftsteller. Die zweyte mag wohl als die elegantere und genauere angesehen worden seyn, wofür theils der häufigere Gebrauch bey Cicero, theils die Anwendung in öffentlichen Urkunden zu bewei-

sen scheint. Aus der Voraussetzung dieses Verhältnisses erklärt sich zugleich, wie diese Urkunden in der Ausführung misverstanden wurden; es geschah, indem die Verfasser mit besonderer Wahl des Ausdrucks zu sprechen suchten, die Anderen aber ihre im täglichen Leben angenommenen Gewohnheiten auf die Auslegung jener Urkunden übertrugen.

Finden wir nun in irgend einer Stelle eines alten Juristen Ordinalzahlen gebraucht, so sind wir durch die hier aufgestellten Ansichten berechtigt, bey der Erklärung die eine oder die andere Zählungsart mit freyer Wahl voraus zu setzen, wie wir es aus anderen Gründen für wahrscheinlicher halten mögen. Nehmen wir dabey insbesondere an, daß der erste Tag u. s. w. mitgezählt worden sey, so bedarf diese Annahme am wenigsten einer besonderen Unterstützung, weil diese Zählungsweise die üblichere gewesen zu seyn scheint. Wenn wir dagegen bey der entgegen gesetzten Annahme einen besonderen Grund anzugeben vermögen, der den Verfasser bestimmen konnte, diese minder häufige Zählungsweise gerade in dem gegebenen Falle anzuwenden, so wird dadurch unsere Auslegung einen festeren Boden gewinnen.



Gedruckt bei den Gebr. Unger.

HAG 2020 332